Der Gläubigerverzug bei einer Gattungsschuld

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen.

Vorgelegt von

Georg Meier

aus Nürnberg

Referendar am Amtsgericht zu Nürnberg.

Approbiert am 20. Juli 1928.

Buchdruckerei J. Bollmann, Zirndorf

1929

29:71

Referent: Geh. Just.-Rat Univ.-Professor Dr. Kübler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsübersicht.

Seite

I. Einleitender Teil

§ 1. Das Wesen des Gläubigerverzugs . . . . „ 1
I. Die Stellung des Gläubigers im Schuldverhältnis . . . . . „ 1
II. Das Zustandekommen der Erfüllung . . „ 1
III. Das Zustandekommen des Annahmeverzugs „ 3
IV. Die Nichtannahme als Ursache der Unmöglichkeit der Leistung . . . . . „ 5
V. Das Verhältnis von Annahmeverzug und Unmöglichkeit zueinander . . . . . „ 8
VI. Die Abnahmepflicht . . . . . „ 11

§ 2. Die Voraussetzungen des Gläubigerverzugs . . „ 12
I. Voraussetzungen im „Normalfall" . . . „ 12
II. Voraussetzungen für den Fall, daß der Gläubiger schon vor der Erfüllung die Abwicklung des Schuldverhältnisses hemmt „ 13
III. Nicht erforderlich ist, daß ein Verschulden des Gläubigers vorliegt . . . . . „ 16
IV. Die Rechtsnatur des Angebots . . . . „ 16

§ 3. Die Wirkungen des Gläubigerverzugs im allgemeinen . . . . . „ 17
I. Die Milderung der Haftung des Schuldners „ 17
II. Die Befreiungsmöglichkeit . . . . . „ 18
III. Der Ersatzanspruch nach § 304 . . . . „ 18

§ 4. Die purgatio morae . . . . . „ 18

§ 5. Das Wesen der Gattungsschuld . . . . . „ 19
I. Der Unterschied zwischen Gattungs- und Speciesschuld . . . . . „ 19
II. Was gattungsmäßig geschuldet sein kann „ 21
III. Die Verschiedenheit der Begriffe: Vertretbar und gattungsmäßig bestimmt . . . „ 22
IV. Der Unterschied, ob die Gattung aus individuellen Objekten besteht oder nicht . . „ 22
V. Die Besonderheiten der beschränkt generischen Obligationen . . . . . „ 24
VI. Die Schuld eines relativ bestimmten Gattungsteiles . . . . . „ 24
VII. Die Abrede, daß in erster Linie aus einem bestimmten Vorrat geleistet werden soll . „ 24
VIII. Die Qualität der zu leistenden Objekte . „ 25

II. Hauptteil Seite

A. Der Eintritt der Konzentration und des Annahmeverzugs im normalen Verlauf der Abwicklung des Schuldverhältnisses.

§ 6. Begriff und Voraussetzungen der Konzentration „ 26

I. Das Wesen der Konzentration . . . . „ 26

II. Die Qualität der zu leistenden Objekte als Voraussetzung der Konzentration . . . „ 28

III. Der Zeitpunkt des Konzentrationseintrittes „ 28

§ 7. Das Erfordernis der Ausscheidung . . . . „ 28

I. Inverzugsetzung des Gläubigers ohne Ausscheidung . . . . . „ 30

II. Konzentration auf einen größeren Komplex „ 31

§ 8. Der Zeitpunkt des Konzentrationseintrittes und des Annahmeverzugs. . . . . . „ 33

I. Bei der Bringschuld . . . . . „ 33

II. Bei der Schickschuld . . . . . „ 34

III. Bei der Holschuld . . . . . „ 36

B. Der Eintritt der Konzentration und des Annahmeverzugs bei anormalem Verlauf der Abwicklung des Schuldverhältnisses. . . . . „ 37

§ 9. Kann die Vorschrift des § 243 Abs. 2 auch für den anormalen Verlauf der Abwicklung des Schuldverhältnisses Anwendung finden? . . „ 37

I. Was unter dem Fall der anormalen Abwicklung des Schuldverhältnisses zu verstehen ist . . . . . „ 37

II. Warum in diesen Fällen eine Erleichterung des Schuldners zur Herbeiführung der Konzentration mit der Vorschrift des § 243 Abs. 2 zu vereinbaren ist . . . . . „ 37

III. Unzulässigkeit der Heranziehung von § 300 Abs. 2 . . . . . „ 38

IV. Das Erfordernis der Ausscheidung . . . „ 39

§ 10. Der Zeitpunkt des Eintritts der Konzentration und des Annahmeverzugs für den Fall, daß nur wörtliches Angebot erforderlich ist (§ 295). . . „ 40

I. Der Schuldner ist bei der Inverzugsetzung des Gläubigers zwar zur Leistung imstande, aber noch nicht leistungsbereit . . . . „ 40

II. Der Schuldner ist zur Zeit des wörtlichen Angebots leistungsbereit. Der Zeitpunkt des Konzentrationseintrittes und des An-

nahmeverzugs bei der Bring-, Schick- und Holschuld . . . . . Seite 41

§ 11. Der Zeitpunkt des Eintritts der Konzentration und des Annahmeverzugs für den Fall, daß kein Angebot erforderlich ist (§ 296). . . . . . „ 43

I. Der Schuldner ist zu dem maßgebenden Zeitpunkt noch nicht leistungsbereit . . „ 43

II. Der Schuldner ist leistungsbereit . . . „ 43

III. Aehnliche Fälle, in denen kein Angebot erforderlich ist . . . . . „ 44

C. Unmöglichkeit der Leistung nach dem Eintritt der Konzentration und des Annahmeverzugs. Der sog. „Gefahrübergang bei Gattungsschulden".

§ 12. Die Wirkung der Konzentration auf den Bestand der Forderung. . . . . . „ 45

I. § 243 Abs. 2 bestimmt keinen Gefahrübergang . . . . . „ 45

II. Die Wirkung, falls nur relative Konzentration eingetreten ist . . . . . „ 47

§ 13. Die Wirkung des Annahmeverzugs und der Konzentration auf den Bestand der Forderung. . . „ 48

I. Die Wirkung des Annahmeverzugs . . . „ 48

II. Die Wirkung des Annahmeverzugs und der Konzentration zusammen. Die Bedeutung des § 300 Abs. 2 . . . . . „ 49

III. Die Konzentration auf einen größeren Komplex . . . . . „ 50

§ 14. Der Gefahrübergang beim Kauf. . . . . . „ 51

I. Der Gefahrübergang nach § 446 . . . „ 51

II. Der Gefahrübergang nach § 447 . . . „ 53

III. Erfordert der Gefahrübergang nach beiden Vorschriften Ausscheidung der Erfüllungsobjekte? . . . . . „ 54

IV. Kann bei Lieferung mangelhafter Gattungssachen die Gefahr nach § 447 übergehen? „ 56

§ 15. Der Gefahrübergang beim Werkvertrag und Werklieferungsvertrag. . . . . . „ 57

I. Gilt die Vorschrift des Gefahrübergangs beim Werkvertrag, wenn eine nur der Gattung nach bestimmte Sache zu liefern ist? „ 57

II. Die Vorschrift des § 644 Abs. 1 S. 2 ist keine Sonderbestimmung gegenüber den allgemeinen Vorschriften . . . . . „ 57

Literaturverzeichnis.

Adler, in Grünhuts Zeitschrift Bd. 39 S. 511 ff.

Adler, in DJZ. 1918 Spalte 533 ff.

Berndorff, Die Gattungsschuld, 1900.

Boer, in Gruchots Beiträgen Bd. 54 S. 493 ff.

Breit, Vinkulationsgeschäft, 1908.

Cosack, Lehrbuch d. Deutsch. Bürgerl. Rechts Bd. 1, 7. Aufl. 1922.

Cuno, Uebergang der Gefahr bei Gattungsschulden, Breslau 1901.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens Band II 3. Aufl. 1905.

Düringer-Hachenburg, HGB. 2. und 3. Teil, 2. Aufl. 1912 und 1913.

Eck, Vorträge über das Recht des BGB. Bd. 1, 1. und 2. Aufl. 1903.

Enneccerus, Kipp und Wolf, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 1. Bd. 2. Abt., Recht der Schuldverhältnisse, bearbeitet von Enneccerus, 23.—27. Aufl. 1927.

Fischer H. A., in Dogm. J. Bd. 51 S. 159 ff.

Havenstein, in Gruchots Beitr. Bd. 55 S. 449 ff.

Haver, Die Gattungsschuld, Berlin 1900.

Ihering, in Dogm. J. Bd. 4 S. 366 ff.

Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintr. Möglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen, 1900, zit. Kisch I

Kisch, Gattungsschuld und Wahlschuld, 1912, zit. Kisch II

Kisch, Kritische Vierteljahresschrift 44 S. 506 ff.

Kohler, im Arch. f. d. bürgerl. Recht Bd. 13 S. 149 ff.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts II

Kommentar der Reichsgerichtsräte 6. Aufl. 1928

Kleinadam, Unmöglichkeit und Unvermögen, 1900

Lent, Die Anweisung als Vollmacht und im Konkurs, 1907

Lotmar, Arbeitsvertrag II, 1908

Motive II zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzg. für das Deutsche Reich, 1899

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse 1. Abt., 5. Aufl. 1928

Oertmann, im Archiv für zivil. Praxis Bd. 116 S. 1 ff.

Oertmann, in Ehrenburgs Handbuch des Handelsrechts IV 2 S. 327 ff.

Planck-Siber, Kommentar zum BGB., Recht der Schuldverhältnisse 1. und 2. Teil, 4. Aufl. 1914

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen GB. Bd. 1

Ricken, Die Konzentration der Gattungsschuld nach ihren Voraussetzungen und Wirkungen, Erlangen 1905

Rosenberg, in Dogm. J. Bd. 43 S. 141 ff.

Schollmeyer, in Dogm. J. Bd. 49 S. 93 ff.

Sigel, Der gewerbliche Arbeitsvertrag, 1903

Staub, Kommentar zum HGB., bearbeitet von Koenige, Pinner und Bondi 12. und 13. Aufl. 1927

Staudinger, Komm. Recht der Schuldverhältnisse, bearbeitet von Kuhlenbeck, Kober, Nipperdey und Werner, 9. Aufl. 1927 und 1928; § 279—432 in der 7.—8. Aufl.

Stern, Die Gefahrtragung, 1910

Titze, Die Unmöglichkeit der Leitung, 1900

Titze, in Ehrenbergs Handb. II S. 744 ff

Titze, in Jur. W. 1922 S. 548 ff.

Trautmann, in Gruchats Beiträgen Bd. 59 S. 434 ff.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533901_0042

I. Einleitender Teil.

§ 1.

Das Wesen des Gläubigerverzugs.

I. Um das Wesen des Gläubigerverzugs und die im Gesetz (§§ 293—299) aufgezählten Voraussetzungen unter einem einheitlichen Gesichtspunkt zu erfassen, muß man sich die Stellung des Gläubigers im Schuldverhältnis vergegenwärtigen. Kraft des Schuldverhältnisses hat der Gläubiger des Recht, vom Schuldner eine Leistung zu fordern. Der Schuldner hat etwas zu tun, zu unterlassen oder zu dulden. Der Gläubiger hat es in der Hand, ob er die Befriedigung entgegennehmen will oder nicht. Er ist nicht verpflichtet, die Leistung entgegenzunehmen, die ihm durch die Verpflichtung des Schuldners versprochen war. Im normalen Verlauf der Abwicklung des Schuldverhältnisses tritt die Befreiung des Schuldners ein, wenn er erfüllt hat. Will und kann er leisten, so muß ihm die Rechtsordnung zu Hilfe kommen, falls er die Erfüllung nicht herbeiführen kann, weil der Gläubiger nicht annimmt. Seine Haftung muß erleichtert werden, er muß auch die Möglichkeit erhalten, sich zu befreien ohne Mitwirkung des Gläubigers. Hat aber der Gläubiger bei der Erfüllung gar nicht mitzuwirken, wie dies in manchen Schuldverhältnissen der Fall ist, so kann ein Gläubigerverzug jedenfalls infolge bloßer Passivität des Gläubigers nicht eintreten.

II. Wegen des engen Zusammenhanges dieser Fragen mit der Erfüllung muß hier etwas auf deren Wesen eingegangen werden. Erfüllung ist ein Tatbestand, der sich (wenigstens in der Regel) an die Befriedigung des Interesses anknüpft, das der Gläubiger an dem Schuldverhältnis hatte. Durch diese Befriedigung geht die Forderung des Gläubigers unter. Nicht genau ist es, wenn das Gesetz im § 362 vom Erlöschen des Schuldverhältnisses spricht[1]). Trotz Erfüllung des einzelnen Anspruches kann das Schuldverhältnis noch weiterhin gewisse Wirkungen haben; so wird z. B. bei einem gegenseitigen Vertrag durch Erfüllung der Forderung des Gläubigers seine Verpflichtung zur Gegenleistung nicht berührt.

[1]) Pl.-Siber, Vorbem. 1 Z. 3. Abschn.; Oertmann, Vorbem. z. 3. Abschn. Z. 1 b.

Zur Beantwortung der Frage, wie die Erfüllung zustande kommt, dürfte es zweckmäßig sein, vom Leistungsinhalt auszugehen.

1. In den meisten aller Fälle erfordert die Herbeiführung des beabsichtigten Erfolges einen Vertrag zwischen Schuldner und Gläubiger.

Dies ist der Fall, wenn zwecks Erfüllung die Uebereignung einer Sache, Abtretung einer Forderung, Bestellung eines Pfandrechts usw. vorgenommen werden muß.

2. In anderen Fällen tritt der Leistungserfolg durch ein einseitiges Rechtsgeschäft des Schuldners ein. Dies ist z. B. der Fall, wenn der Schuldner sich verpflichtet hat, auf eine Hypothek zu verzichten oder einen Vertrag anzufechten, den er mit einem Dritten geschlossen hatte.

3. Endlich kann der Erfolg auch durch rein tatsächliches Handeln herbeizuführen sein, z. B. bei Dienstleistungen, Geschäftsbesorgungen tatsächlicher Natur und bei der Pflicht etwas zu unterlassen.

Ob nun der Leistungsakt ohne weiteres die Erfüllung zur Folge hat oder ob noch ein auf die Erfüllung besonders gerichteter Parteiwille erforderlich ist, ist eine in der Literatur viel umstrittene Frage. Während man früher kaum trennte zwischen Erfüllungsakt und Erfüllung selbst, dringt jetzt mehr und mehr die Anschauung durch, daß beide streng voneinander zu halten sind. Herrschende Lehre ist jetzt, daß ein besonderer Erfüllungswille weder auf seiten des Gläubigers noch des Schuldners zur Erfüllung erforderlich ist. Es kommt nur auf den Leistungsakt an. Bei diesem ist zu untersuchen, ob er ein Vertrag, ein einseitiges Rechtsgeschäft, eine reine tatsächliche Handlung ist. Dagegen ist die Erfüllung selbst eine Erscheinung, die bei allen Schuldverhältnissen gleich zu beurteilen ist. Lediglich die Tatsache der Leistung bewirkt das Erlöschen der Forderung, kein besonderer Erfüllungswille [2]). Ob man die Erfüllungswirkung als eine Folge der Zweckerledigung durch den Leistungsakt ansieht [3]) oder als eine bloße Tatbestandswirkung des Leistungserfolges, die an den letzteren unmittelbar durch das objektive Recht angeknüpft wird [4]), kommt praktisch auf das gleiche Ergebnis hinaus.

---

[2]) Komm. d. RGR., § 362, 2.

[3]) Oertmann, § 362 Erl. 5 b γ.

[4]) Pl.-Siber, § 362, Erl. 2 b; dieser Schriftsteller verlangt nur in den seltenen Ausnahmefällen einen weiteren Parteiwillen, in denen aus der Leistung als solcher der objektive Erfüllungszweck oder ihre Beziehung zur Schuld nicht zu erkennen ist, wie im Falle der Leistung eines Dritten. Diesen Gesichtspunkt berücksichtigt auch Oertmann a. a. O., der in solchen Fällen eine besondere Erklärung oder einen sonstigen (tatsächlichen) Hinweis für erforderlich hält.

Wichtig ist vor allem, daß es nach der jetzt herrschenden Lehre cht angeht, daß der Gläubiger zwar beim Leistungsakt seine nnahmeerklärung geben, jedoch den Eintritt der Erfüllung da- urch verhindern kann, daß er sich weigert, „als Erfüllung" an- unehmen [5]).

Für die Frage, ob ein Geschäftsunfähiger oder in der Ge- häftsfähigkeit Beschränkter bei der Erfüllung mitwirken kann, ommt es allein auf die Natur des Erfüllungsaktes an, welcher er drei Fälle also vorliegt[6]). Maßgebend sind die allgemeinen rundsätze der §§ 104 ff. [7]).

Eine Erfüllung tritt auch dadurch ein, daß der Gläubiger zwar en Erfolg, den ihm die Erfüllung bieten soll, nicht entgegennimmt, oer dennoch, sei es ausdrücklich, sei es durch konkludentes Ver- alten erklärt, daß er die Leistung des Schuldners als Erfüllung nerkennt und so durch rechtsgeschäftlichen Willen die Forderung um Untergang bringt. So z. B. kann der Käufer, dem die gekaufte ache übereignet werden soll, die Sache abnehmen und auch zu rkennen geben, daß er sie billige und den Schuldner befreit issen wolle, ohne daß er das Eigentum an der Sache erwirbt. as letztere braucht dem Schuldner gar nicht bekannt zu sein. n sich wäre hier der Erfüllungsakt ein Vertrag. Nun aber liegen wei auseinandergehende Erklärungen vor. Der Schuldner will e Sache übereignen, der Gläubiger hingegen will den Schuldner on seiner Verpflichtung entbinden, ohne das Eigentum der Sache werben zu wollen. Deshalb kann man hier von einem Erlaß- ertrag nicht sprechen. In diesem Falle ist also zur Erfüllung in er Tat ein rechtsgeschäftlicher Wille des Gläubigers erforderlich, urch den er die Schuld zum Erlöschen bringt. Hier wird die Be- eiung des Schuldners nicht als Folge des Leistungsaktes oder er Zweckerledigung herbeigeführt.

III. Wir wollen nun untersuchen, wie der Annahmeverzug zu- ande kommt. Die Antwort auf diese Frage hängt davon ab, in elcher Weise der Gläubiger bei der Abwicklung des Schuldver- ältnisses beteiligt ist. Einmal kann der Gläubigerverzug dadurch ustande kommen, daß der Gläubiger seine Mitwirkung beim eistungsakt versagt. Wir haben im vorigen Abschnitt gesehen, aß eine solche Mitwirkung dann notwendig ist, wenn der Lei- ungsakt ein Vertrag ist. Aber auch wenn dieser rein tatssäch- her Natur ist, kann der Gläubigerverzug unter Umständen durch

[5]) So Pl.-Siber, § 362, Erl. 2 c α, der sagt, daß die gegenteilige An- cht auf einer Ueberspannung der abstrakten Natur des Leistungsge- häftes beruhen dürfte; Komm. d. R.G.R. § 362, Ziff. 2; Oertmann, Erl. b γ, der sagt, das Gegenteil enthalte eine durchaus unstatthafte prote- atio facto contraria. a. M.: Ennecc. § 283, I, 3; Lent, S. 13.

[6]) Näheres über diese Fragen bei Pl.-Siber § 362, Erl. 2 d; Oert- ann, § 362, Erl. 6; Staudinger-Kuhlenb. § 362, Bem. 2 u. 5.

[7]) Komm. d. R.G.R. § 362, 2 a. E.

die Nichtannahme der Leistung zustande kommen. Dies ist z. B. der Fall, wenn der zu unterrichtende Schüler zum Unterricht nicht erscheinen, die Person, welche gemalt werden soll, nicht sitzen, der Mieter, dem der Gebrauch der Wohnung überlassen werden soll, nicht einziehen will oder kann.

Wo es zur Erfüllung gar keiner Annahme bedarf, sondern der Schuldner den Erfüllungsakt allein vornehmen kann, ist ein Annahmeverzug nur dadurch möglich, daß der Gläubiger entweder sein Veto gegen die Ausführung der Leistung einlegt oder durch irgendwelche Maßnahmen den Eintritt des Erfolges hindert [8]).

Der Gläubigerverzug kommt aber nicht nur durch die Nichtannahme der angebotenen Leistung zustande. Er kann auch dadurch eintreten, daß der Gläubiger in irgendwelcher Weise vor dem Erfüllungsakt zur Abwicklung des Schuldverhältnisses beizutragen hat und diese Mitwirkung unterläßt. Dies ist z. B. der Fall, wenn der Gläubiger vorher das Material zur Verpackung oder Transportmittel zu stellen hat, ferner wenn er vorher nähere Angaben über Erfüllungsmodalitäten, wie Leistungsort und Leistungszeit zu machen hat, ferner beim Spezifikationskauf die nähere Angabe des Leistungsgegenstandes und bei der Holschuld das Abholen der Leistung vorzunehmen hat.

Auch bei Unterlassungspflichten ist Annanmeverzug möglich und zwar nicht nur infolge positiven Verhinderns der Leistung, sondern auch infolge reiner Passivität des Gläubigers [9]) Bei Pflichten zu einem Tun kann sich der Schuldner nicht dadurch befreien, daß er das tut, was er zu tun verpflichtet ist, es muß immer noch dazu kommen, daß der Gläubiger den Erfolg der Leistung entgegennimmt. Der Klavierlehrer kann nicht erfüllen, wenn der Schüler zum Unterricht nicht erscheint, der Vermieter kann nicht erfüllen, wenn er die Wohnung freihält, der Mieter aber nicht einzieht. Er hat durch das Freihalten der Wohnung noch nicht den Gebrauch der Wohnung gewährt (siehe § 535 BGB.) [10]). Sollte es bei Unterlassungspflichten anders sein? Kann oder will der Gläubiger einer Forderung auf Unterlassung den Vorteil nicht entgegennehmen, so kommmt er in Annahmeverzug. Eine Forderung, die dahin ginge, daß der Schuldner das Unterlassen auch einhalten müsse, wenn der Gläubiger den Vorteil gar nicht entgegennehmen will oder kann, wäre

---

[8]) So auch Lotmar II S. 285 ff.; Oertmann § 293 zu 2; Pl.-Siber § 293 Erl. 1 a,; Ennecc. § 280, III, Anm. 9.

[9]) a. M.: Ennecc. § 280, III, Anm. 9; Staud.-Kuhl. § 293, 1 c; Brodmann, S. 299, II, 1;. — Diese Schriftsteller halten den Annahmeverzug bei Unterlassungspflichten überhaupt nicht für möglich. Pl.-Siber § 293 Erl. 1 a u. Oertmann, § 293, zu 2 halten ihn dann für möglich, wenn der Gläubiger den Eintritt des Erfolges positiv hindert.

[10]) Dieses Beispiel ist auch von Kohler im Arch. f. B. R. Bd. 13 S. 15 so entschieden; a. M.: Stern, S. 8, der behauptet, der Vermieter habe durch das Leerhalten der Wohnung erfüllt.

nverbindlich; denn der Gläubiger muß ein berechtigtes Interesse m Inhalt der Leistung haben [11]). Ich glaube, daß man bei der Behandlung dieser Frage übersieht, daß es bei Unterlassungspflichten genau so wie bei anderen Pflichten tatsächlicher Natur zwei verschiedene Fälle gibt. Einmal solche, bei denen der Schuldner ganz allein erfüllen kann, dem Gläubiger der Vorteil bei reiner Passivität zugute kommt und andererseits solche, bei denen der Gläubiger den Vorteil, den ihm das Unterlassen bieten soll, durch eine Mitwirkung seinerseits entgegennehmen muß [12]). Hat sich z. B. emand von einem anderen versprechen lassen, daß dieser auf einer bestimmten Versteigerung nicht mitbietet, so muß er sich elbst auf die Versteigerung begeben und mitbieten, andernfalls ommt er in Annahmeverzug [13]). Bei Verträgen zugunsten Dritter ntsteht Annahmeverzug dann, wenn der Dritte die ihm angebotene eistung nicht annimmt. Gleichgültig ist dabei, ob es sich um einen erechtigenden Vertrag zugunsten Dritter handelt oder ob der Dritte keinen selbständigen Anspruch auf die Leistung hat [14]).

Obligationen, bei denen die Erfüllung ganz ohne Mitwirkung es Gläubigers erfolgt, sind selten. Solche Fälle sind z. B. die Verpflichtung auf Abgabe einer Willenserklärung, Ausführung eines Auftrages, Sandabladen an einer bestimmten Stelle, Vornahme einer Reparatur am Hause des Gläubigers [15]). In diesen Fällen kann aber Annahmeverzug dadurch eintreten, daß der Gläubiger ntweder sein Veto gegen die Ausführung einlegt oder durch rgendwelche Maßnahmen den Eintritt des Erfolges hindert [16]). st jedoch die Hinderung durch den Gläubiger offenbar eine dauernde oder wenigstens für eine so lange Zeit zu erwarten, daß man dem Schuldner nicht zumuten kann, sich so lange leistungsbereit zu halten, so wird man nicht Annahmeverzug, sondern eine vom Gläubiger zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung annehmen müssen [17]). Evtl. kann man in dem Verhindern der Leistung durch den Gläubiger auch eine Offerte auf Erlaß der Schuld erblicken.

IV. Auch die bloße Nichtannahme oder das konstante Weigern, eine Mitwirkungshandlung vorzunehmen, kann bisweilen eine zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung hervorrufen. Dies

[11]) Siehe Komm. d. R.G.R. § 241, Z. 1.

[12]) a. M.: Fischer, S. 193, Anm. 33, der behauptet, jede Unterlassungspflicht könne durch Beobachtung des anbefohlenen Verhaltens im Sinne des § 263 erfüllt werden.

[13]) Darüber, daß hier der Annahmeverzug eine Unmöglichkeit der Leistung im Gefolge hat, siehe unter IV.

[14]) So Oertmann, § 294, Erl. 3, Boer, S. 517 ff.

[15]) Weitere Beispiele dieser Art bei Jhering, Jb. Bd. 4, S. 420.

[16]) So auch Oertmann, § 293 zu 2,; Pl.-Siber, § 293, Erl. 1 a; Ennecc. § 280 III, Anm. 9; Lotmar II, S. 285 ff.

[17]) a. M.: Stern: S. 9, der bei mangelndem Willen des Gläubigers die Unmöglichkeit, sondern immer Annahmeverzug annehmen will.

wird man dann annehmen müssen, wenn der Verzug des Gläubigers offenbar dauernd oder doch für eine so lange Zeit zu erwarten sein wird, daß man dem Schuldner nicht zumuten kann so lange an das Schuldverhältnis gebunden zu sein[18]). Dabei ist es gleichgültig, ob der Annahmeverzug auf dem Ablehnungswillen des Gläubigers beruht oder ob dieser nicht annehmen oder die Mitwirkungshandlung nicht vornehmen k a n n[19]). M. E. kann von Verzug immer nur dann die Rede sein, wenn die Wahrscheinlichkeit besteht, daß die Hemmung, welche die Abwicklung des Schuldverhältnisses erfährt, behoben wird. Beim Annahmeverzug ist die Sachlage in dieser Hinsicht anders zu beurteilen als beim Schuldnerverzug. Beim letzteren hat die Tatsache des Verzugs noch keine Unmöglichkeit zur Folge; denn gegen den Schuldner kann man mit der Zwangsvollstreckung vorgehen. Wenn dagegen der Gläubiger ganz offensichtlich für alle Zukunft sich weigern wird, die Leistung anzunehmen, so kann der Schuldner nichts dagegen machen und es wäre unbillig, wenn er für die ganze Zeit Schuldner bleiben müßte. Man könnte gegen diese Ansicht vielleicht einwenden, daß der Schuldner sich durch Hinterlegung befreien kann. Die Hinterlegung ist aber nur ein Surrogat und überdies nur bei einer beschränkten Auswahl von Verpflichtungen möglich. Es ist kein Grund ersichtlich, warum der Gläubiger nicht

---

[18]) a, M.: Boer, S. 495, 516, nach dem der Annahmeverzug i m m e r sei es eine dauernde, sei es eine vorübergehende Unmöglichkeit der Leistung zur Folge hat. Dies ist m. E. deswegen nicht richtig, weil eine vorübergehende Unmöglichkeit der Leistung keine Unmöglichkeit ist (siehe Kisch I, S. 19). Boer sagt selbst auf S. 526: Dagegen ist ein solches Nebeneinander der Rechtsfolgen, wenigstens soweit sie die einseitige Verpflichtung, die sich auf die unmöglich gewordene Leistung bezog, betreffen, ausgeschlossen, wenn die mit dem Annahmeverzug zusammentreffende Unmöglichkeit dauernd ist. Damit bricht m. E. die Lehre Boers zusammen. Wenn man dies bedenkt, kann auch nach seiner Lehre Annahmeverzug und Unmöglichkeit nicht zusammentreffen. a. M. auch die herrschende Lehre, welche Unmöglichkeit der Leistung als Folge des Annahmeverzugs nur unter dem Gesichtspunkt des Zeitablaufes anerkennt, siehe z. B. Kisch I, S. 75, Oertmann, a. a. O. S. 11 und in Komm. § 293, Erl. 3c.

[19]) Die Ansichten über diese Fragen gehen sehr auseinander. Kisch I, S. 80 läßt Annahmeverzug regelmäßig eintreten, wenn die Mitwirkung des Gläubigers unterbleibt, obwohl sie erfolgen k a n n. Hingegen soll nach ihm eine nach § 323 zu behandelnde Unmöglichkeit dann vorliegen, wenn die erforderliche Beteiligung des Gläubigers durch einen Zufall absolut unmöglich geworden ist. Lotmar II, S. 285 ff. glaubt, es liege Annahmeverzug und Unmöglichkeit gleichzeitig vor, wenn der Arbeitgeber mit dem Willen der Ablehnung die angebotene Leistung unmöglich macht; er spricht in solchen Fällen vom qualifizierten Annahmeverzug. Auch Kleinadam, S. 9 läßt eine Unmöglichkeit der Leistung, welche auf dem Willen der Ablehnung beruht, zu und daneben Annahmeverzug — Hingegen meint Adler, DJZ. 1918, S. 533, eine Annahmeunmöglichkeit begründe auch stets Leistungsunmöglichkeit.

über seine Forderung dadurch sollte verfügen können, daß er die Leistung durch seinen Willen unmöglich macht.

Auch aus einem anderen Grunde wird bisweilen durch den Annahmeverzug eine Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt, nämlich bei solchen Leistungen, die an einen bestimmten Zeitraum oder Zeitpunkt gebunden sind. Nimmt der Gläubiger zu der maßgebenden Zeit nicht an, so führt er damit eine Unmöglichkeit der Leistung herbei [20]).

Auch wenn der Gläubiger nicht annehmen konnte, obwohl er an sich die Leistung entgegennehmen möchte, ist in diesen Fällen die Unmöglichkeit der Leistung eine von ihm zu vertretende. Das Nichtannehmen der Leistung ist ein Umstand, für den er einzustehen hat. Dabei ist er durch die Unmöglichkeit der Leistung keineswegs schlechter gestellt, als wenn er sich nur in Annahmeverzug befunden hätte. Bei gegenseitigen Verträgen muß er nun zwar in gleicher Weise wie beim Annahmeverzug die Gegenleistung erbringen, hat jedoch den Vorzug, daß der Schuldner sich das anrechnen lassen muß, was er infolge der Befreiung von der Leistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt.

Die Mehrzahl der Schriftsteller [21]) läßt hier dem Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung in Anwendung des § 324 Abs. 2. M.E. ist § 324 Abs. 1 anzuwenden. Siber z. B. meint, man könne deshalb nicht sofort auf eine zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung kommen, weil die Ursache der Unmöglichkeit nicht das Ausbleiben der Annahme, sondern der Zeitablauf sei. M.E. ist dem nicht beizustimmen. Unter Ursache sind solche Umstände zu verstehen, welche in bereits bestehende, gegebene Verhältnisse eingreifen und die an sich erwartete Entwicklung verschieben. Ursache der Unmöglichkeit ist demnach das Nichtannehmen der Leistung. Dadurch, daß der Gläubiger den Erfolg, der ihm nur für eine gewisse Zeit geboten werden konnte oder sollte, nicht entgegengenommen hat, hat er die Leistung unmöglich gemacht. Auch Oertmann [22]) will hier § 324 Abs. 2 anwenden mit der Begründung, der Annahmeverzug sei das logische prius der Unmöglichkeit und was gilt, wenn der Annahmeverzug das zeitlich Frühere ist müsse auch gelten, wenn er das logisch Frühere ist. Diese Begründung ist m. E. nicht stichhaltig, weil § 324 Abs. 2 es allein mit dem Unmöglichwerden der Leistung durch andere Umstände als den Annahmeverzug zu tun hat [23]). Auch eine Folgerung

[20]) Siehe auch Pl.-Siber, § 293, Erl. 3; Rosenberg, S. 143; Kisch I, S. 75; Oertmann a. a. O. S. 11 und Kommentar § 293, Erl. 3 c.

[21]) So z. B.: Pl.-Siber § 293, Erl. 3: unter Verweisung auf die Bemerkung I, 1 a γ zu §§ 275—292, § 284, Erl. 2 a; auch Rosenberg S. 143; Boer, S. 528.

[22]) a. a. O., S. 11.

[23]) Siehe Kisch, I, S. 81.

a fortiori[24]) greift nicht durch. Es ist vielmehr direkt § 324 Abs. 1 anzuwenden[25]).

V. Abgesehen vom Annahmeverzug als Ursache der Unmöglichkeit gibt es eine Reihe von Fällen, bei denen, wenigstens auf den ersten Blick, Unmöglichkeit und Annahmeverzug nebeneinander vorhanden zu sein scheinen. Wie verhalten sich nun die beiden Tatbestände zueinander? Die Frage ist in der Literatur heiß umstritten. Ohne daß hier auf alle damit zusammenhängenden Streitfragen eingegangen werden kann, sei folgendes gesagt:

Beides kann nicht gleichzeitig vorliegen, die beiden Rechtsfolgen schließen sich vielmehr aus[26]).

Ein Nebeneinander ist deswegen abzulehnen, weil eine vorhandene Unmöglichkeit der Leistung den Untergang des Anspruchs zur Folge hat. Ohne einen rechtswirksamen Anspruch ist aber kein Annahmeverzug möglich. Wenn daher Unmöglichkeit der Leistung eingetreten ist, so kann kein Annahmeverzug mehr eintreten und der bereits vorhandene Annahmeverzug wird durch eine eintretende Unmöglichkeit der Leistung beendet.

Liegen die Umstände, welche die Unmöglichkeit der Leistung zur Folge haben, in der Person des Schuldners, so ist Gläubigerverzug schon deswegen ausgeschlossen, weil der Schuldner nicht leisten kann. Dem Annahmeverzug steht es aber nicht entgegen, wenn der Gläubiger seine Mitwirkung nicht vornehmen kann, weil dieselbe, gleichgültig ob verschuldeter- oder unverschuldeterweise, unmöglich geworden ist.

Bringen aber die Umstände, welche die Annahme der Leistung oder eine Mitwirkungshandlung des Gläubigers unmöglich machen, zugleich mit sich, daß auch die Tätigkeit des Schuldners unmöglich wird, so ist es fraglich, ob man Annahmeverzug oder Unmöglichkeit der Leistung anzunehmen hat. Beispiele dieser Art sind: Der zu operierende Kranke stirbt vor der Operation; der Schüler, der Musikunterricht bekommen soll, wird taub; die Fabrik, in der der Arbeiter seine Leistung machen soll, oder das Theater, in dem der Schauspieler auftreten soll, brennt vorher ab; die Mauer, welche bemalt werden soll, stürzt vor Beginn der Arbeit ein.

In diesen Fällen läßt eine Minderheit der Schriftsteller Annahmeverzug eintreten[27]).

[25]) a. M. auch: Rosenberg, S. 143 u. Staud.-Kuhl. § 293, Erl. 1 a.

[26]) So die herrschende Lehre, siehe z. B. Dernburg Lehrbuch II, [26]) So die herrschende Lehre, siehe z. B. Dernburg, „Lehrbuch" II, 2, S. 443; Kisch I, S. 80; Pl.-Siber, § 294, Erl. 3; Oertmann, § 293, Erl. 3 b, c, Rosenberg, S. 163 ff.; Sigel, S. 51 ff. — — a. M.: Boer, S. 493; Kohler, Arch., Bd. XIII, S. 254 f.; Kisch, Krit. V. J. Schr. 44 S. 516; Kleinadam, S. 9; Lotmar S. 285 ff. — Diese Schriftsteller halten ein Nebeneinander unter Umständen für möglich. Am weitesten geht in dieser Hinsicht Boer.

[27]) So zuerst Kohler, Lehrb. II, S. 349 u. Arch. f. b. R., Bd. 13, S. 200, 259; im Archiv, S. 200 sagt er: „der Gläubiger kann dem Schuldner

Wohl mit Recht sagt Siber (§ 293, Erl. 3), daß in solchen Fällen kein wirksames Angebot mehr erfolgen kann, weil eine Verbindlichkeit zur Leistung nicht mehr besteht. Es ist also nach herrschender Lehre [28]) kein Annahmeverzug möglich, wenn durch den Umstand, der die Unmöglichkeit der Annahme herbeiführt, auch die Möglichkeit der schuldnerischen Tätigkeit in Wegfall kommt. Die herrschende Lehre hat neuerdings insbesondere in Oertmann [29]) einen Gegner gefunden. Oertmann unterscheidet, ähnlich wie auch Trautmann [30]) zwischen Leistungshandlungen und Leistungserfolg [31]). Das Angebot beziehe sich sinngemäß nur auf das dem Schuldner zu leisten Obliegende, seinen Anteil an den Leistungshandlungen. Solange ihm diese Fähigkeit zur eigenen Leistungstätigkeit geblieben sei, stehe es der Möglichkeit des Annahmeverzugs nicht entgegen, wenn durch irgendwelche Umstände die Vollendung der gesamten Leistung oder der Eintritt des Erfolges ausgeschlossen erscheint (S. 5). In Fällen, wo sich die Mitwirkung des Gläubigers auf die Annahme der Leistung beschränkt, wirke die Nichtannahme keineswegs auf die Möglichkeit der schuldnerischen Leistung, sondern stehe nur dem Leistungserfolge, nicht der Leistungshandlung des Schuldners entgegen (S. 12).

Unter Leistung im Sinne des § 323 sei nur der dem Schuldner obliegende Anteil an den Leistungshandlungen zu verstehenden [32]). Der Ansicht Oertmanns und Trautmanns kann nicht beige-

nicht die Unmöglichkeit entgegenhalten, die zuerst ihn und erst per consequens den Schuldner trifft; wenn Umstände im Bereich seines Annahmewirkens entstehen und sich in das Bereich des schuldnerischen Leistungswirkens hinüber erstrecken, so kann er seinen Annahmeverzug nicht mit der Motivierung ablehnen, daß der Schuldner infolge dieser Umstände nicht in der Erfüllungsmöglichkeit war." Aehnlich im Ergebnis Boer, S. 493 ff. Nach diesem Schriftsteller liegt aber zugleich Unmöglichkeit der Leistung mit ihren Folgen vor; Eckstein, Bürg A 37, S. 477 ff.; Oertmann, Ziv. A 116, S. 1 ff. u. Komm. § 293, Erl. 3 b, c mit genauen Literaturangaben; Trautmann, in Gruchots Beiträge Bd. 59, S. 434 ff.; Staud.-Kuhl. § 293 Erl. 1 a; Tiße, JW. 22, S. 548 ff. u. in Ehrenbergs Handbuch II, S. 744. Oertmann u. Tiße waren früher Anhänger der herrsch. Lehre.

[28]) Von Oertmann, § 293 Erl. 3 b als die früher herrschende bezeichnet.

[29]) Arch. f. d. z. Pr. Bd. 116, S. 1 ff.

[30]) Gruchots Beitr. Bd. 59, S. 434 ff.

[31]) a. a. O. S. 5, 14.

[32]) Die Beispiele, die Oertmann a. a. O. S. 21 f. zur Bestätigung seiner Ansicht anführt, geben allerdings zu Bedenken Anlaß: der zu Unterrichtende oder zu Malende erkrankt zunächst nur und kann daher in Annahmeverzug gesetzt werden. Stirbt er nun nach Eintritt des Annahmeverzugs, so greift § 324 Abs. 2 Platz. Er muß die Gegenleistung erbringen. Wäre er gleich gestorben, ohne krank zu werden, so wäre er von seiner Verpflichtung zur Gegenleistung nach § 323 frei geworden. Dieses Ergebnis erscheint unbillig. Oertmann möchte daher dem Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung erhalten, wenn der Gläubiger durch

treten werden. Zwar ist es richtig, daß Leistung und Erfüllung nicht das gleiche sind. Leistung ist die Tätigkeit des Schuldners, welche die Erfüllung zur Folge hat. In jenen Streitfällen ist die Leistung unmöglich. Sie ist deswegen unmöglich, weil der Schuldner nicht mehr in der Lage ist den Erfolg, den er nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses versprochen hatte, herbeizuführen.

Oertmann [33]) beruft sich zur Begründung seiner Lehre auf die Bestimmung des § 295, nach der bei Versagen der Mitwirkungshandlungen des Gläubigers der Schuldner durch wörtliches Angebot den Verzug herbeiführen kann und auf die Bestimmung des § 297, aus der sich durch Umkehrschluß ergibt, daß die Unfähigkeit des Gläubigers, Mitwirkungshandlungen vorzunehmen, im allgemeinen ohne Einfluß ist. M. E. kann man die Vorschrift des § 295 gegen die Oertmann'sche Ansicht anführen. Das Gesetz spricht nur von Mitwirkungshandlungen und hat dabei solche Handlungen im Auge, durch die das Schuldverhältnis eine Förderung in Richtung auf die Erfüllung erfährt, wie zum Beispiel das Abholen, Abrufen der Leistung, Spezifikation, Ausübung des Wahlrechts. Es geht aber nicht an, das Stellen von Leistungssubstraten mit solchen Mitwirkungshandlungen gleichzustellen [34]). Das Stellen der Arbeitsräume oder der sonstigen Leistungssubstrate fördert nicht die Abwicklung des Schuldverhältnisses in Richtung auf seinen Untergang, sondern ist eine Voraussetzung, die während des ganzen Schuldverhältnisses gleichmäßig erfüllt sein muß.

Sigel [35]) kommt praktisch zu einem ähnlichen Ergebnis wie Oertmann, wenn auch mit anderer Begründung. Er sagt, daß das Gesetz darüber schweigt, was der Gläubiger zu „vertreten" hat, da § 276 nur vom Schuldner spricht. Gerade so, wie der Annahmeverzug im Gegensatz zum Schuldnerverzug ohne Verschulden eintritt, müsse man auch das, was der Gläubiger zu vertreten hat,

seinen Tod die Leistung nicht mehr annehmen kann. Nach der hier vertretenen Ansicht kommt es darauf an, ob die Leistung dauernd oder nur vorübergehend nicht erbracht werden kann. In den obengenannten Beispielen ist von vorneherein eine dauernde Unmöglichkeit eingetreten, wenn dies auch am Anfang noch nicht feststellbar war. Es ist zur Beurteilung der Frage, ob eine dauernde oder vorübergehende Unmöglichkeit vorhanden ist, erst der weitere Verlauf abzuwarten.

Eine gegenteilige Meinung vertritt hier Adler, DJZ. 1918, S. 534, der behauptet, wenn sich von vornherein nicht feststellen läßt, daß die Behinderung eine dauernde ist, so trete zunächst nur Annahmeverzug ein.

[33]) Siehe § 293, Erl. 3 b.

[34]) Oertmann, a. a. O., S. 31 behauptet daß sich die Stellung eines Leistungssubstrates vielleicht als Mitwirkungshandlung ansehen lasse, ihr mindestens sehr nahe stehe.

a. M.: Unmöglichkeit der Leistung nehmen dagegen bei Wegfall des Leistungssubstrates an: Titze, „Unmöglichkeit", S. 21 ff; Stern, S. 9; Oertmann, 4. Aufl. zu § 323, 3 a b.

[35]) „Der gewerbliche Arbeitsvertrag" S. 51—55.

weiter fassen. Hat die Leistungsunmöglichkeit ihren Grund in den Verhältnissen des Gläubigers (z. B. Tod, lange Krankheit), so liegt eine von ihm zu vertretende Unmöglichkeit vor, die also bei gegenseitigen Verträgen nach § 324 Abs. 1 zu behandeln wäre. Der Ansicht Sigels kann nicht beigetreten werden. Daß die Fabrik des Gläubigers zufällig abbrennt, daß der Gläubiger vor der Operation stirbt, der in der Musik zu unterrichtende Schüler taub wird, kann man nicht als Umstände bezeichnen, die der Gläubiger zu vertreten hat. Das ergibt sich m. E. aus den §§ 323 ff, welche die vom Schuldner zu vertretenden Umstände den vom Gläubiger zu vertretenden gegenüberstellen und daher zum Ausdruck bringen, daß die Umstände, wie sie der Gläubiger zu vertreten hat, in gleicher Weise zu beurteilen sind, wie die Umstände, für die der Schuldner einzustehen hat. Eine anderweitige Auffassung hätte das Gesetz unbedingt zum Ausdruck bringen müssen [36]).

VI. Der Gläubiger hat keine Pflicht, die Leistung anzunehmen. Eine solche kann aber vereinbart werden. Etwas anderes ist die Abnahmepflicht, die vereinbart werden kann und beim Kauf (§ 433 Abs. 2), Tausch (§ 445), Werkvertrag (§ 640) und Verwahrungsvertrag (§ 696 S. 1) kraft dispositiver Gesetzesvorschrift im Zweifel als vereinbart gilt. Der Unterschied zwischen Annahmepflicht und Abnahmepflicht [37]) besteht darin, daß bei der ersteren der Gläubiger verpflichtet ist, den Erfüllungsakt mit vorzunehmen, also die Rechtsfolgen desselben herbeizuführen: Uebertragung des Eigentums, Pfandrechts etc. Bei der Abnahmepflicht dagegen muß er nur den Besitz der Sache übernehmen (herrschende Lehre). Der Schuldner kann ein Interesse daran haben, daß der Gläubiger den Leistungsgegenstand an sich nimmt. Trotz einer bestehenden Abnahmepflicht ist der Gläubiger dagegen nicht verpflichtet, anzunehmen, falls nicht auch eine Annahmepflicht vereinbart ist. Der Käufer kann z. B. die Sache abnehmen, aber sich weigern, Eigentümer derselben zu werden.

Hinsichtlich der Abnahmepflicht ist der Gläubiger der Leistende. Er kann in Schuldnerverzug geraten und schadensersatzpflichtig werden.

[36]) Siehe auch die Erwägungen Oertmanns, S. 48 ff. Er führt gegen die Ansicht Boers an, daß auch der Gläubiger grundsätzlich nur ein schuldhaftes Verhalten zu vertreten hat. Diese Annahme liege dem Gesetz allem Anschein nach wie etwas Selbstverständliches zugrunde, während die Gegenmeinung positivrechtlich gar nicht beglaubigt ist.

[37]) In der Literatur wird dies oft nicht auseinandergehalten, so z. B. spricht Ennecc. § 280, III, 3 zu Unrecht von einer Annahmepflicht des Käufers; Pl.-Siber, Vorbem. 2a zu § 293 ff. spricht von Abnahme eines Rechtes oder von der Abnahme von Diensten. M. E. sollte man in den beiden letzteren Fällen besser von Annahmepflicht reden. Der Schuldner hat hier ein Interesse daran, daß der Gläubiger den Erfolg der Erfüllung entgegennimmt, ganz anders bei der Abnahmepflicht beim Kauf etc., wo es sich um die Last des Besitzes einer Sache handelt.

§ 2.

Die Voraussetzungen des Gläubigerverzugs.

Der Schuldner braucht zur Erfüllung nur so mitzuwirken, wie es ihm kraft des Schuldverhältnisses obliegt. Kommt der Gläubiger den ihm vor dem Erfüllungsakt obliegenden Mitwirkungshandlungen rechtzeitig nach, so ist auf seiten des Schuldnerns regelmäßig ein tatsächliches Angebot der Leistung erforderlich (§ 294). Dieser Fall ist in den folgenden Ausführungen als der normale Verlauf der Abwicklung des Schuldverhältnisses bezeichnet. Hier kommt der Annahmeverzug erst durch das Versagen der Mitwirkung des Gläubigers beim Leistungsakt selbst zustande. Wenn jedoch der Gläubiger nicht so zur Lösung des Schuldverhältnisses beiträgt, wie es dem Inhalt desselben entspricht, so braucht der Schuldner nicht mehr tatsächlich, sondern nur wörtlich anzubieten um den Annahmeverzug herbeiführen zu können (§ 295). In einzelnen Fällen bedarf es überhaupt keines Angebotes (§ 296). Diese beiden Fälle des Zustandekommens eines Gläubigerverzugs sind im folgenden als der Annahmeverzug im anormalen Verlauf der Abwicklung des Schuldverhältnisses bezeichnet.

I. Voraussetzungen im normalen Verlauf der Abwicklung des Schuldverhältnisses.

a) Der Schuldner muß die Leistung so wie sie zu bewirken ist tatsächlich anbieten (§ 294). Tatsächliches Angebot ist bei allen Schulden erforderlich, falls überhaupt der Gläubiger die tatsächliche Gewalt über die zu leistende Objekte erlangen soll. Es kommt nicht darauf an, ob eine Hol-, Bring- oder Schickschuld vorliegt. Auch bei Holschulden ist tatsächliches Angebot erforderlich. Allerdings kann das tatsächliche Angebot nur dem am Erfüllungsort (Wohnsitz des Schuldners) erschienenen Gläubiger gemacht werden [38]). Es sind aber auch Fälle denkbar, wo sich aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses ergibt, daß nur wörtliches Angebot des Schuldners erforderlich ist, obwohl es nicht zum Annahmeverzug kommt. Man denke z. B. an den Fall, daß die Uebereignung der gekauften Sache durch constitutum possessorium oder Abtretung des Herausgabeanspruches erfolgen soll.

Das Angebot muß nach Inhalt, Zeit und Ort der Verbindlichkeit entsprechen. Der Gläubiger braucht keine Teilleistungen anzunehmen (§ 266). Er braucht auch keine mangelhaften Objekte

[38]) Vielfach wird behauptet, bei der Holschuld genüge wörtliches Angebot, siehe z. B. Siber § 243, Erl. 4 c β, cc, Oertmann, § 300, 3 b. Das geschieht unter Verkennung des hier gemachten Unterschiedes: Erscheint der Gläubiger rechtzeitig zum Abholen, so ist tatsächliches Angebot erforderlich. Hingegen genügt das wörtliche Angebot im Sinne des § 295 nur dann, wenn der Gläubiger nicht rechtzeitig zum Abholen erscheint.

anzunehmen [39]). Bei Gattungsschulden braucht der Gläubiger nur eine Sache mittlerer Art und Güte anzunehmen. Dabei ist zu beachten, daß eine Gattungssache zwar mittlerer Art und Güte, aber trotzdem mit einem Mangel behaftet sein kann [40]). Hinsichtlich der Leistungszeit ist § 271 Abs. 2 zu beachten: der Schuldner darf im Zweifel vor Fälligkeit leisten. Für den Leistungsort gibt das Gesetz die Vorschrift, daß im Zweifel der Ort des Wohnsitzes oder der gewerblichen Niederlassung des Schuldners z. Zt. der Begründung des Anspruches maßgebend sein soll.

Nach § 267 kann jeder Dritte unabhängig vom Schuldner die Leistung anbieten, wenn der Leistungswert nicht von der Person des Schuldners abhängig ist. Widerspricht aber der Schuldner, so gerät der Gläubiger durch seine Weigerung, die Leistung des Dritten anzunehmen, nicht in Verzug. Der Gläubiger, der zugleich abnahmepflichtig ist, gerät durch die Weigerung, das Angebot des Dritten anzunehmen, nur in Annahmeverzug, nicht zugleich in Abnahmeverzug [41]); denn es kann wohl jemand für einen Dritten etwas leisten, er kann aber nicht auch Rechte, wie z. B. das Recht auf Abnahme, einseitig an sich ziehen. Allerdings wird man in vielen Fällen annehmen können, daß der Schuldner, der mit der Leistung durch einen Dritten einverstanden ist, diesem den Anspruch auf Abnahme zediert hat.

b) Auf seiten des Gläubigers ist im Regelfalle nur das Nichtmitwirken beim Erfüllungsakt, die Weigerung anzunehmen, erforderlich zur Herbeiführung des Annahmeverzugs. Die Nichtannahme ist etwas rein Negatives: das tatsächliche Unterbleiben der Annahme [42]). Ob die Nichtannahme auf einem besonderen Willensentschluß beruht oder nicht, ist gleichgültig [43]).

II. Voraussetzungen des Annahmeverzugs für den Fall, daß der Gläubiger schon vor dem Erfüllungsakt die Abwicklung des Schuldverhältnisses hemmt.

Erklärte der Gläubiger schon bevor ihm angeboten wurde, daß er nicht annehmen werde, so wäre ein tatsächliches Angebot in vielen Fällen eine unnötige Verschwendung von Arbeit und Kosten. Aus diesem wirtschaftlichen Gesichtspunkt läßt es das Gesetz in diesem Falle genügen, daß der Schuldner die Leistung

---

[39]) a. M.: Schollmeyer S. 93—120, welcher behauptet, der Gläubiger komme in Annahmeverzug, wenn er die Empfangnahme der Ware ihrer Mängel wegen verweigert; gegen ihn Fischer, S. 221 bis 226.

[40]) Siehe Fischer, S. 212; Pl.-Siber, § 243, Erl. 6 a, Abs. 2; Schollmeyer. S. 100 f.

[41]) So auch Pl.-Siber, § 293, Erl. 2 c

[42]) Oertmann, a. a. O., S. 41.

[43]) Oertmann, § 293, Z. 2; anderer Ans.: Lotmar, II, S. 281 ff., der in der Nichtannahme eine Ablehnungshandlung, sei es in Worten oder Werken erblickt.

wörtlich anbietet (§ 295). Die Erklärung, nicht annehmen zu wollen, ist eine Rechtshandlung. Sie wird wirksam mit dem Zugehen und erfordert Geschäftsfähigkeit des Erklärenden[44]). Reagiert der Gläubiger auf das wörtliche Angebot des Schuldners in der Weise, daß er nun erklärt, er wolle die Leistung doch haben, so muß der Schuldner von neuem und zwar tatsächlich anbieten. Nimmt nun der Gläubiger dieses tatsächliche Angebot an, so kommt es zur Erfüllung und zum Erlöschen der Forderung. Nimmt er es aber nicht an, so tritt Annahmeverzug ein.

Reagiert der Gläubiger auf das wörtliche Angebot überhaupt nicht, so kommt es zum Annahmeverzug und zwar tritt dieser in dem Zeitpunkt ein, in dem es bei normalem Verlauf der Abwicklung des Schuldverhältnisse zur Erfüllung gekommen wäre.

Das Gesetz stellt im § 295 diesen eben besprochenen Fall einem anderen gleich: Ein wörtliches Angebot genügt auch „wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, insbesondere der Gläubiger die geschuldete Sache abzuholen hat". Hier obwaltet ein anderer Gesichtspunkt. Der Schuldner braucht nur so zu leisten, wie er kraft des Schuldverhältnisses verpflichtet ist. Bevor der Gläubiger die Mitwirkungshandlungen vorgenommen hat, kann der Schuldner nicht in obligationsmäßiger Weise leisten. Es sind hier Fälle denkbar, in denen er in der Tat nicht leisten k a n n, so z. B. wenn der Gläubiger erst nähere Angaben über die Beschaffenheit der zu leistenden Objekte zu machen hat (Spezifikationskauf), die bisher vorbehaltene Adresse eines Dritten anzugeben hat, an den geliefert werden soll. Es fallen darunter auch Fälle, wo der Schuldner zwar an sich leisten könnte, aber mehr tun müßte, als ihm obliegt. Dies ist z. B. der Fall bei der Holschuld; hier könnte der Schuldner leisten, indem er die Erfüllungsgegenstände b r i n g t.

Dem wörtlichen Angebot der Leistung steht nach § 295 die Aufforderung gleich, die erforderliche Mitwirkungshandlungen vorzunehmen.

Auf das wörtliche Angebot hin kann sich der Gläubiger verschieden verhalten. Nimmt er nun die Mitwirkungshandlungen vor, so kommt es, vorläufig wenigstens, nicht zum Annahmeverzug. Nimmt der Gläubiger jedoch die Mitwirkungshandlung nicht vor, so tritt der Verzug mit dem Zeitpunkt ein, zu dem bei normalem Verlauf die Erfüllung eingetreten wäre.

In den Fällen des § 295 braucht sich der Gläubiger nicht auf das Angebot eines Dritten einzulassen. Die Vorschrift spricht ausdrücklich von dem wörtlichen Angebot des S c h u l d n e r s. Das ist keine korrekturbedürftige Ungenauigkeit, sondern ein beabsichtig-

[44]) So auch Pl.-Siber, § 295, Erl. 1; Oertmann, § 295, Ziffer 1 a; Staud.-Kuhl. § 295, Bem. 3.

ter Gegensatz zu den §§ 293, 294 [45]). Dies wurde nach den Protokollen [46]) damit begründet, „daß dem Gläubiger nicht zugemutet werden könne, sich wegen der von seiner Seite zur Ausführung der Leistung erforderlichen Handlungen mit dem Dritten statt des Schuldners einzulassen". Natürlich ist auch im Falle der Holschuld das Angebot eines Dritten möglich, weil § 295 nicht die Erfordernisse des Annahmeverzugs bei der Holschuld schlechthin behandelt, sondern nur für den Fall, daß der Gläubiger nicht zum Abholen erscheint.

Im Falle des § 296 tritt der Verzug des Gläubigers ohne Angebot ein: Ist für die vom Gläubiger vorzunehmende Handlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so bedarf es des Angebots nur, wenn der Gläubiger die Handlung rechtzeitig vornimmt. Das gleiche gilt, wenn der Handlung eine Kündigung vorauszugehen hat und die Zeit für die Handlung in der Weise bestimmt ist, daß sie sich von der Kündigung ab nach dem Kalender berechnen läßt.

Auch in anderen Fällen wird man von dem Erfordernis eines Angebotes ganz absehen können, nämlich dann, wenn ein Angebot von vornherein aussichtslos erscheint [47]).

In den Fällen der §§ 295, 296 kann man nicht immer erkennen, ob der Schuldner überhaupt leisten kann. Daher bestimmt § 297, daß in diesen Fällen [48]) der Gläubiger nicht in Verzug kommt, wenn der Schuldner z. Zt. des Angebots oder zu der für die Handlung des Gläubigers bestimmten Zeit außerstande ist, die Leistung zu bewirken. Aus der negativen Fassung des Paragraphen ergibt sich, daß der Gläubiger die Leistungsunfähigkeit des Schuldners zu beweisen hat, wenn er behaupten will, daß er nicht in Annahmeverzug geraten sei [49]). Zur Leistungsfähigkeit genügt es, wenn der Schuldner leistungsbereit ist, sobald der Gläubiger die erforderliche Mitwirkung vornimmt [50]).

Auf dem gleichen Gesichtspunkt wie die Bestimmung des § 295 beruht auch die Bestimmung des § 298: Ist der Schuldner nur gegen eine Leistung des Gläubigers zu leisten verpflichtet, so kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er zwar die angebotene Leistung anzunehmen bereit ist, die verlangte Gegenleistung aber nicht anbietet. Der Gläubiger hindert damit die obligationsmäßige

---

[45]) So Pl.-Siber, § 295, Erl. 4; Rosenberg, S. 170; Staub, § 373, Anm. 27 a.

[46]) Protokolle Band I, S. 329.

[47]) So Pl.-Siber, § 295, Erl. 3 a. E.; siehe auch Oertmann, § 295, Erl. 3.

[48]) Rosenberg, S. 163; Pl.-Siber § 297, Abs. 1; Oertmann § 297, Erl. 1; a. M.: Lotmar II, S. 284 u. Staud.-Kuhl. § 297, Erl. 1 a, die die Bestimmung des § 297 auch als Ergänzung zu § 294 ansehen.

[49]) So auch Rosenberg, S. 166; Pl.-Siber, § 297, Abs. 1.

[50]) Rosenberg, S. 184 ff.; Pl.-Siber § 297; siehe auch Entsch. RG. 50, S. 255.

Abwicklung des Schuldverhältnisses. Mußte der Schuldner seine Leistung machen ohne gleichzeitig die Gegenleistung zu erhalten, so wurde man von ihm mehr verlangen, als ihm nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses obliegt.

III. Für den Eintritt des Annahmeverzugs ist nicht erforderlich, daß der Gläubiger die Leistung nicht annehmen will oder verschuldeterweise nicht annehmen kann. Ein auf Ablehnung gerichteter Willensentschluß ist nicht erforderlich. Das gleiche gilt für eine etwa erforderliche Mitwirkungshandlung. Der Gläubigerverzug bringt für den Schuldner Erleichterungen, die ihm auch gewährt werden müssen, wenn der Gläubiger nicht annehmen kann [31]). Der Gläubiger ist nicht zur Annahme verpflichtet und verstößt, wenn er in Annahmeverzug gerät, nur gegen ein Gebot des eigenen Interesses [32]). Der Schuldner dagegen ist verpflichtet zur Leistung und verstößt, wenn er nicht leisten kann, gegen ein fremdes Interesse. Daher ist es gerechtfertigt, wenn der Gläubigerverzug im Gesetz anders behandelt ist als der Schuldverzug.

Daß kein Verschulden zum Eintritt des Annahmeverzugs gehört, kann man auch aus § 299 entnehmen. Aus dieser Vorschrift ergibt sich, daß nur im Ausnahmefall der Gläubiger nicht in Verzug kommt, wenn er vorübergehend an der Annahme der angebotenen Leistung verhindert ist.

IV. Die rechtliche Natur des Angebots ist sehr umstritten. Nach herrschender Lehre ist es ein Rechtsgeschäft [33]). M. E. ist diese Frage verschieden zu beantworten, je nachdem der Leistungsakt ein Vertrag, ein einseitiges Rechtsgeschäft des Schuldners oder eine tatsächliche Handlung ist. Ist der Erfüllungsakt ein Vertrag oder ein einseitiges Rechtsgeschäft des Schuldners, so ist das Angebot eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung. Ist der Erfüllungsakt jedoch nur eine tatsächliche Handlung, so ist auch das Angebot rein tatsächlicher Natur. Danach beurteilt sich auch, ob Geschäftsfähigkeit des Anbietenden erforderlich ist oder nicht [34]). Auf jeden Fall hat das Angebot immer Folgen rechtlicher Natur, die eintreten ohne gewollt zu sein: der Gläubiger kann in Verzug kommen, wenn er das Angebot nicht annimmt. Aus diesem Grunde schließt das Angebot immer eine Rechtshandlung in sich [35]).

[31]) Bahnbrechend für die Verneinung des Schulderfordernisses, wie überhaupt für die Behandlung des Gläubigerverzugs im BGB. war die Abhandlung Kohlers, Dogm. J. 17, S. 261 ff.

[32]) So Pl.-Siber. Vorbem. 1 zu § 293 ff.

[33]) So Rosenberg, S. 157; Fischer, S. 200; Staub § 373, Anm. 11 a.

[34]) Siehe auch Pl.-Siber § 294; Oertmann § 294, Erl. 1 u. 3; Staud.-Kuhl., § 295, Erl. 3.

[35]) Nach Kohler, Lehrbuch II, § 74, V erfordert das Angebot überhaupt keine Geschäftsfähigkeit, weil es nicht Rechtshandlung, sondern Erfüllungsvorbereitung sei.

Das wörtliche Angebot im Sinne des § 295, sowie die ihm gleichgestellte Aufforderung an den Gläubiger, die Mitwirkungshandlung vorzunehmen, ist m. E. stets nur Rechtshandlung, genau so wie die Mahnung. Dieses Angebot kann nicht angenommen werden in dem Sinne, daß durch seine Annahme der Erfüllungsakt und damit die Erfüllung zustande kommt.

§ 3.

Die Wirkungen des Gläubigerverzugs im allgemeinen.

Hätte der Gläubiger seine Mitwirkung zur Lösung des Schuldverhältnisses nicht versagt, so wäre der Schuldner nun frei und hätte keine Nachteile aus diesen Schuldverhältnissen mehr zu gewärtigen. Deshalb läßt ihm das Gesetz Erleichterungen zuteil werden, wenn es statt zur Erfüllung zum Annahmeverzug kommt.

I. Die Haftungsmilderung.

1. Seine Haftung wird gemindert. Während er bisher in der Regel für jedes Verschulden haftete (§ 276), hat er jetzt nur noch für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit einzustehen. Diese Haftungsmilderung ist nur auf die Erhaltung der Leistungsmöglichkeit zu beziehen[56]). Sie erstreckt sich nicht auf andere Pflichten des Schuldners. So z. B. haftet der Schuldner nach dem regelmäßigen Grad der Haftung, wenn er gemäß § 373 HGB. zum Selbsthilfeverkauf schreitet.

Konkurriert in der Verzugszeit ein Deliktsanspruch nach § 823 mit der Haftung aus dem Vertrag, so könnte man denken, daß der Schuldner in diesem Falle auch für leichte Fahrlässigkeit haftet. Dies ist jedoch nicht richtig. Die Handlungsweise des Schuldners ist, soweit er nur leicht fahrlässig handelt und damit den Untergang der res in obligatione verursacht[57]), überhaupt nicht rechtswidrig. Wer eine Forderung hat, willigt in die Bestimmungen ein, die das Gesetz vorschreibt. Er willigt auch ein, daß der Schuldner im Falle des Annahmeverzugs nur für grobe Fahrlässigkeit haftet.

2. Bei der Gattungsschuld soll nach § 300 Abs. 2 die Gefahr auf den Gläubiger dann übergehen, wenn er dadurch in Verzug kommt, daß er die angebotene Sache nicht annimmt. Ueber die Bedeutung dieser Vorschrift ist im Hauptteil zu handeln.

3. Nach § 324 Abs. 2 wird durch eine nach Eintritt des Verzugs eintretende, vom Schuldner nicht zu vertretende Unmöglichkeit der Gegenanspruch des Schuldners an den Gläubiger nicht berührt. Dabei ist zu beachten, daß der Schuldner eine leicht fahr-

[56]) So Pl.-Siber, § 300, Erl. 2; Enneccr. § 281, Anm. 2, Brodmann, Ehrenbergs Handb. IV, 2, S. 294 Anm. 10;
a. M.: Fischer, S. 275; Oertmann, § 300, Erl. 2; Staud.-Kuhl. § 300, Erl. 1; Planck, Aufl. 3, Nr. 2. Diese lassen die Abschwächung der Haftung allgemein eintreten.

[57]) Aehnl. im Ergebnis Oertmann, § 276, Erl. 5 a.

lässig verursachte Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat. Die Bedeutung dieser Vorschrift ist im Hauptteil der Abhandlung behandelt.

4. Wegfall des Zinsenlaufes bei Geldschulden (§ 301).

5. Hat der Schuldner die Nutzungen eines Gegenstandes herauszugeben, so braucht er für die Dauer der mora nur die tatsächlich gezogenen Nutzungen herauszugeben (§ 302).

II. Befreiungsmöglichkeit.

1. Bei Grundstücken kann er den Besitz aufgeben, tunlichst nach Androhung (§ 302).

2. Bewegliche Sachen, die hinterlegungsfähig sind (Geld, Wertpapiere, sonstige Urkunden, Kostbarkeiten), kann er hinterlegen (§ 372). Nicht hinterlegungsfähige Sachen kann der Schuldner öffentlich versteigern lassen und den Erlös hinterlegen, tunlichst nach Androhung und mit Benachrichtigung (§ 383 ff.).

Für den Handelskauf gilt § 373 HGB., der Erweiterungen gegenüber den Bestimmungen des BGB. bringt: Die Hinterlegung kann nicht nur bei der Hinterlegungsstelle, sondern auch sonst in sicherer Weise erfolgen usw.

Sachen mit Börsen- oder Marktpreis kann der Schuldner auch aus freier Hand durch einen dazu ermächtigten Handelsmäkler oder eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zum laufenden Preis verkaufen lassen (§ 385, HGB. § 373 Abs. 3).

III. Endlich kann der Schuldner Ersatz der durch den Verzug verursachten Mehraufwendungen verlangen, die er für das erfolglose Angebot sowie für die Aufbewahrung und Erhaltung der geschuldeten Gegenstände hat machen müssen (§ 304). Dieser Anspruch ist kein Schadensersatzanspruch, beruht vielmehr auf dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag [58]).

§ 4.

Die Purgatio morae.

Ueber die Aufhebung des Annahmeverzugs enthält das BGB. keine Vorschrift. Im Entw. I, § 262 war bestimmt, daß der Verzug des Gläubigers für die Zukunft mit dem Zeitpunkt aufhört, in welchem er das Versäumte nachholt und sich zugleich zum Ersatz der durch den Verzug verursachten Mehraufwendungen bereit erklärt. In der 2. Kommission ist diese Bestimmung, angeblich weil sie eine Selbstverständlichkeit enthalte, gestrichen worden. M. E. ist eine solche purgatio morae keine Selbstverständlichkeit. Das Gesetz läßt uns in dieser Frage freie Hand. Aus Erwägungen der Billigkeit werden wir zu folgendem Ergebnis kommen müssen:

---

[58]) Siehe Motive II, S. 76, wo es heißt, der Schuldner handle gleichsam als negotiorum gestor.

Die Haftungsmilderung nach § 300, Abs. 1 beruht auf der Erwägung, daß dem Schuldner, der infolge des Verhaltens des Gläubigers nicht leisten kann, nicht zugemutet werden darf, daß er während der ganzen Zeit des Annahmeverzug sein Augenmerk auf die Erhaltung des Leistungsgegenstandes richten müsse. Holt der Gläubiger das Versäumte nach und beseitigt damit den Annahmeverzug, so erscheint es billig, daß der Schuldner in gleicher Weise wie vor dem Verzug seine Tätigkeit zum Zwecke der Erfüllung wieder aufnimmt. Der Schuldner muß nun je nach dem Inhalt der Obligation wieder mit der von ihm verlangten Sorgfalt verfahren.

Eine andere Frage ist die, ob der durch den Annahmeverzug eingetretene Gefahrübergang rückgängig gemacht wird. Diese Frage ist m. E. zu verneinen. Wenn die Leistung des Schuldners durch einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand zu einer Zeit unmöglich wird, zu der er bei obligationsmäßigem Verhalten des Gläubigers schon von seiner Leistungspflicht befreit wäre und keine Nachteile aus diesem Vertragsverhältnis mehr zu erwarten hätte, so ist es billig, daß er den Anspruch auf die Gegenleistung behält. Dieser Gesichtspunkt greift von dem Zeitpunkt an Platz, zu dem bei normalem Verlauf die Erfüllung eingetreten wäre. Tritt eine purgatio morae ein, so ändert sich daran nichts. Eine Rückgängigmachung des Gefahrübergangs ist daher abzulehnen [59]).

Man könnte gegen diese Ansicht den Wortlaut des § 324 Abs. 2 anführen, in dem es heißt, daß der Gläubiger die Gegenleistung erbringen muß, wenn die Leistung infolge eines vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstandes „Zu einer Zeit unmöglich wird, zu welcher der Gläubiger im Verzug der Annahme ist". Dagegen ist zu sagen, daß das Gesetz eine purgatio morae nicht geregelt hat und deshalb eine andere Fassung des § 324 Abs. 2 nicht in Frage kam. Mit dem Wortlaut des § 300 Abs. 2 läßt sich die hier vertretene Ansicht wohl vereinbaren.

Auf die einmal erfolgte Konzentration hat die purgatio morae keinen Einfluß [60]).

§ 5.

Das Wesen der Gattungsschuld.

I. Bei der Begründung einer Speziesschuld richtet sich der Wille der Parteien auf einen ganz bestimmten Gegenstand. Gleichwohl kann der Gegenstand an sich eine vertretbare Sache sein. Wenn jemand ein Buch, das in einer Auflage von 1000 Stück er-

---

[59]) Die herrschende Lehre nimmt hier an, daß die Folgen des Annahmeverzugs in vollem Umfang durch die purgatio morae aufgehoben werden, obwohl es an einer gesetzlichen Bestimmung fehlt. Siehe z. B. Ennecc., § 282, Pl.-Siber § 304, Erl. 3 b; Lotmar II, S. 300 ff.; Oertmann, Vorbem. 2 zu § 293 ff.; Staud.-Kuhl. § 293 Bem. 5;

[60]) So auch Pl.-Siber § 304 3 b.

schienen ist, kauft und aus irgendeinem Grunde gerade das wünscht, das er im Laden des Buchhändlers in der Hand hatte, so liegt eine Speciesschuld vor. Der Gegenstand der Obligation braucht von den Parteien gar nicht wahrgenommen worden sein und kann doch individualisiert sein. So z. B. wenn sich jemand das erste Füllen, das eine bestimmte Stute werfen wird, durch Kaufvertrag versprechen läßt [61]).

Bei der Gattungsschuld dagegen ist der Gegenstand der Obligation nicht so bestimmt, daß nur ein solcher Gegenstand existiert, der die verlangten Individualisierungsmerkmale aufzuweisen hat, sondern es gibt eine ganze Anzahl von Objekten, die die verlangten Merkmale haben. Der ganze Komplex der zur Erfüllung tauglichen Objekte ist die Gattung im juristischen Sinne. Dabei kann man die Regel aufstellen, daß der Komplex von Gegenständen, die Gattung um so kleiner ist, je mehr Merkmale die Parteien angeben [62]). Die Gattung kann schließlich so eng begrenzt sein, daß es nur einige, mindestens aber zwei Möglichkeiten gibt, die zur Erfüllung zu verwendenden Objekte auszuwählen. Man denke an das Versprechen einer nur noch in zwei Exemplaren vorhandenen Briefmarke. Einzelne Schriftsteller [63]) glauben, die Gattung könne auch aus einem Objekt bestehen, soferne nur das Schuldobjekt nicht als Individuum sondern als Träger gewisser Artmerkmale bezeichnet worden sei. M. E. können die Parteien zwar die Gattung so bestimmen, wie es ihnen beliebt, doch nicht über die Natur der Dinge hinausgehen. Gibt es von einer gattungsmäßig geschuldeten Sache in Wahrheit nur ein Stück, genau gesagt nur so viele Stücke, daß nur eine Möglichkeit der Erfüllung gegeben ist, so ist ein Vertrag, der auf Lieferung dieser Objekte geht, nach § 307 nichtig, wenn die Begründung einer Gattungsschuld beabsichtigt war. Es kann in einem solchen Falle keine Gattungsschuld mit den Rechtsfolgen einer solchen begründet werden. Man denke vor allem an die Bestimmung des § 279. Allerdings kann es sein, daß die Parteien einen Vertrag dahin ausgelegt wissen wollen, daß er auch gültig sein solle, wenn nur eine Erfüllungsmöglichkeit vorhanden ist.

Die Schuld einer ganzen Gattung ist eine Speciesschuld [64]); denn es fehlt ihr das charakteristische Merkmal der Gattungsschuld, nämlich daß mehrere Möglichkeiten der Leistung gegeben sind und eine wechselweise Vertretbarkeit der einzelnen Gattungsteile besteht. Schuldverhältnisse, die auf die Gattung als solche

[61]) Dieses u. weitere Beispiele dieser Art bei Kisch II, S. 16.

[62]) So auch Staudinger-Werner, § 243, I, Erl. 2.

[63]) So Haver, S. 8; Ricken, S. 4; Kisch II, S. 15; Havenstein S. 464. dagegen spricht Jhering im Jahrb., Bd. 4, S. 406 davon, daß die drei oder selbst zwei Pferde des Testators, von denen er eines legiert, das genus bilden können.

[64]) So schon Jhering a. a. O.

gerichtet sind, kommen praktisch nicht selten vor. Sie sind um so häufiger, je kleiner der Komplex ist, aus dem sich die Gattung zusammensetzt.

II. Wie schon die Motive 2, S. 10 zu §§ 213, 214 des Entwurfs sagen, hat das Gesetz nur die generischen Sachobligationen im Auge: „Generische Obligationen, deren Gegenstand eine Handlung ist, sind äußerst selten und haben einen so eigentümlichen Charakter, daß sie sich nicht unter die allgemeinen Regeln subsumieren lassen, bei ihrer Beurteilung vielmehr die besonderen Umstände des Falles den Ausschlag geben müssen". Es schlagen hier die Bestimmungen über Dienstvertrag, Werkvertrag, Auftrag etc. ein[65]). Jedoch können wohl auch Rechte gattungsmäßig geschuldet sein. Es kann sich z. B. jemand zwecks Anlage eines Kapitals eine erststellige Hypothek versprechen lassen; im Bankverkehr sind von praktisch großer Bedeutung Forderungen auf Wechsel und Schecks bestimmter Art und Beträge. Wenn § 243 und § 300 nur von Gattungssachen sprechen, so dürfte das nur eine ungenaue Ausdrucksweise sein; es sollte besser wie in § 279 von der Gattung nach bestimmten Gegenständen die Rede sein[66]).

Der juristische Gattungsbegriff ist ein anderer als der naturwissenschaftliche. Die Parteien können Gegenstände ganz verschiedener Art zu einer Gattung machen, wenn die einzelnen Objekte bestimmte gemeinsame Merkmale aufweisen, auf die es den Parteien im konkreten Falle ankommt. Diese Merkmale können entweder Eigenschaften sein, wie Farbe, Größe, Qualität, Material, Preislage[67]), sie können aber auch in der Beziehung zu einer bestimmten Person oder einem bestimmten Ereignis bestehen. Diese letztere Art der Charakterisierung geschieht durch sogenannte Relationen[68]). Läßt sich z. B. jemand einen Gebrauchsgegenstand eines berühmten Philosophen versprechen, so kann der Schuldner sich ebenso gut durch die Leistung einer Uhr als durch die einer Brille befreien. Die verschiedenen Gegenstände sind hier zur Gattung zusammengefaßt durch das gemeinsame Merkmal, daß sie in

[65]) Keine gattungsmäßig geschuldete Handlung liegt vor, wenn sich jemand die Besorgung von 100 polnischen Arbeitern versprechen läßt, wie dies Berndorff, S. 7 und ihm zustimmend Kisch II S. 119 behaupten. In diesem Falle hat der Schuldner keine Handlung vorzunehmen, die nur der Gattung nach bestimmt ist.

[66]) Pl.-Siber, § 243, Erl. 1 spricht hier von einer entsprechenden Anwendung der von Gattungssachschulden handelnden §§ 243, Abs. 2, 480, 491. M. E. handelt es sich hier um extensive Interpretation.

[67]) So auch Komm. der Reichsgerichtsräte § 243, Ziffer 2, dagegen wird vielfach (zu Unrecht) die Preisangabe nicht als Bestimmungsmerkmal der Gattung angesehen, sondern als eine stillschweigend bedungene Abweichung von der mittleren Art und Güte der Ware, so z. B. Fischer, S. 182; Oertmann § 243, Erl. 2; Entsch. d. O. L. G. Dresden, Seuff.-Arch. Bd. 46, S. 62.

[68]) Siehe Havenstein, S. 456.

einer Beziehung zu einer bestimmten Person stehen. Läßt sich jemand ein Autogramm eines bestimmten Staatsmannes versprechen, so kann der Schuldner durch ein Schriftstück beliebigen Inhalts erfüllen [69]). Die individuelle Beziehung kann auch darin bestehen, daß die sämtlichen zur Erfüllung tauglichen Objekte bestimmter Herkunft sind, z. B. Kohlen aus dem Bergwerk X; Waren aus der Fabrik Y [70]).

Umschreiben die Parteien die res in obligatione so unbestimmt, daß man nicht mehr von einer Gattung sprechen kann, z. B.: eine Sache, ein Buch, eine Frucht, so entsteht überhaupt keine Verpflichtung [71]). Der Entwurf 1 hatte dies in § 352 ausdrücklich bestimmt. Zur Bestimmtheit der Leistung ist auch eine Quantitätsangabe erforderlich. Es kann nicht „Pferd", „Rüdesheimer Wein", geschuldet werden [72]).

III. Hier zeigt sich der Unterschied des Begriffes der Gattungsschulden von dem der vertretbaren Sachen. Die Vertretbarkeit ist eine Eigenschaft, die gewissen Sachen von der Verkehrsauffassung beigelegt wird (§ 91), und für alle Personen in gleicher Weise gilt. Die Gattung dagegen wird von den Parteien gebildet und faßt Sachen zusammen, die unter Umständen nur unter den Parteien eine Gleichwertigkeit und gegenseitige Vertretbarkeit aufzuweisen haben. Die subjektive Wertschätzung der Parteien ist allein maßgebend [73]). Es besteht für die Parteien, nicht aber für alle Personen eine wechselseitige Vertretbarkeit der einzelnen zur Gattung gehörenden Stücke.

Der Annahme einer Gattungsschuld steht es nicht entgegen, wenn für die zur Erfüllung schließlich verwendeten Objekte ein verschieden hoher Preis angesetzt ist. Schließt z. B. jemand einen Kauf ab auf Lieferung eines Gemäldes eines berühmten Malers, so ist es klar, daß die verschiedenen in Frage kommenden Bilder nicht im Preise gleich sein werden. In derartigen Fällen ist die Vorschrift des § 243 Abs. 1, daß ein Stück von mittlerer Art und Güte zu leisten ist, nicht anwendbar [74]); m. E. aus dem Grunde, weil diese Vorschrift nur dann Anwendung finden kann, wenn die Preisangabe mit als Gattungsmerkmal benützt ist.

IV. Jhering sagt in seinen Jahrbüchern, Band 4, S. 405, daß das genus weit oder eng gegriffen sein kann. „Es kommt nur darauf an, daß das genus mehrere individuelle (sei es wirkliche, sei es durch Ausscheiden, Abmessen herzustellende) in sich fasse usw.". Hier weist Jhering in der Parenthese auf einen Unterschied

[69]) Dieses und weitere Beispiele bei Kisch II, S. 18.
[70]) Siehe Kisch II, S. 19.
[71]) So Cuno, S. 6; Haver S. 15; Ricken, S. 3; Staudinger-Werner § 243, I, Erl. 2 mit § 241, Ziff. 7 c.
[72]) So Jhering, Jahrb., Bd. 4, S. 408; Haver, S. 15; Ricken, S. 3.
[73]) Fischer S. 179.
[74]) So auch Pl.-Siber § 243, Erl. 2, Abs. 3.

hin, der wenig beachtet wird, aber von Bedeutung ist. Man muß demgemäß zwei verschiedene Möglichkeiten auseinander halten.

1. Die einzelnen Objekte der Gattung liegen bereits als selbständige Individuen vor. Dies ist z. B. der Fall, wenn jemand zwei Pferde schuldet. Hier muß man wiederum zwei Möglichkeiten unterscheiden:

a) Es kann sein, daß zwei Pferde ohne weitere Angaben geschuldet sind. Dann ist die Gattung unübersehbar,

b) des anderen kann die Gattung so eingeschränkt sein, daß sie in ihrem ganzen Umfang vorstellbar ist: zwei Pferde aus einem bestimmten Rennstalle.

2. Die einzelnen Objekte der Gattung liegen noch nicht als selbständige Individuen vor, sondern bilden einen Bestandteil eines größeren Komplexes. Dies ist z. B. der Fall, wenn 10 Ztr. Kohlen zu leisten sind. Auch hier müssen wir wieder zwei weitere Möglichkeiten unterscheiden:

a) Die Gattung ist so allgemein bezeichnet, daß der Schuldner die Erfüllungsobjekte aus irgendwelchen Kohlenlagern entnehmen darf: Die Gattung ist unübersehbar,

b) Die Gattung wird so begrenzt, daß sie in ihrem vollen Umfange übersehbar ist: 10 Ztr. Kohlen eines bestimmten Lagers.

Nur diesen letzteren Fall unter 2 b wollen wir als beschränkt gegnerische Obligationen bezeichnen: 10 Liter Wein aus einem bestimmten Faß, 2 m eines bestimmten Ballens Tuch, 1 kg eines bestimmten Metallbarrens; 1 Sack Getreide aus einem bestimmten Speicher [75]); meist bezeichnet man auch die unter 1 b angeführten Fälle als beschränkt generische Obligationen [76]). Wenn man schon allgemein anerkennt, daß es auf die Größe einer Gattung nicht ankommt, so ist es nicht einzusehen, warum man die unter 1 b fallenden Obligationen besonders bezeichnen soll. Schuldet jemand 2 Exemplare einer seltenen Briefmarke, von der er die ganzen vorhandenen Exemplare im Besitze hat, so ist das eine gewöhnliche Gattungsschuld und bietet in ihrer Behandlung überhaupt keine Besonderheiten. Hingegen ist bei den hier als beschränkt generische Obligationen bezeichneten Fällen ein Unterschied gegenüber den übrigen Fällen zu beobachten, darüber unten.

Die Subsumierung dieser beschränkt oder begrenzt generischen Obligationen unter die Gattungsschulden war früher um-

---

[75]) Siehe auch Kisch II, S. 1 u. die dortigen Beispiele.

[76]) Siehe z. B. Pl.-Siber, § 243, Erl. 2, der den Unterschied zwischen individuell vorstellbaren und nicht individuell vorstellbaren Gattungsobjekten nicht macht.

stritten [77]). Heute ist fast unbestritten die Ansicht durchgedrungen, daß solche Schulden Gattungsschulden sind [78]).

V. Die beschränkt generischen Obligationen in dem hier gemeinten Sinne haben gewisse Eigentümlichkeiten. Zum Zwecke der Leistung müssen aus dem Komplex erst die einzelnen Individuellen Objekte ausgesondert werden. Diese Aussonderung muß vor der Erfüllung, spätestens gleichzeitig mit ihr erfolgen. Die Ausscheidung ist eine Rechtshandlung. Ohne daß von seiten des Handelnden eine Willenserklärung erfolgt, knüpft die Rechtsordnung an die Ausscheidung die Folge, daß selbständiges Eigentum entsteht. Auf die begrenzte Gattungsschuld sind an sich alle Regeln, die für Gattungsschulden überhaupt gelten, anzuwenden [79]). Die §§ 243 Abs. 1 und 2155 sind jedoch praktisch meist bedeutungslos, da die einzelnen Teilchen eines einheitlichen Komplexes in der Regel gleichwertig sind. Die praktische Bedeutung der angeführten Vorschriften tritt auch bei der gewöhnlichen Gattungsschuld um so mehr zurück, je bestimmter die Sorte bezeichnet oder je enger der Kreis der maßgebenden Gattung ist [80]). Zum Beweis dafür, daß auch bei den beschränkt generischen Obligationen § 243 Abs. 1 Anwendung finden kann, sei das Beispiel Kischs angeführt [81]). Wer Wein aus einem bestimmten Faß zu liefern hat, kann den Gläubiger nicht zwingen, den trüben Rest des Fasses anzunehmen.

VI. Auch die Schuld eines relativ bestimmten Gattungsteils ist gewöhnliche Gattungsschuld [82]): z. B. die Hälfte einer bestimmten Aktienemission. Hier ist es wie auch bei der Schuld einer ganzen Gattung von Bedeutung, ob die Größe der Gattung zur Zeit des Vertragsabschlusses oder zu einem späteren Zeitpunkt, insbesondere dem Zeitpunkt der Erfüllung gemeint ist. Im letzteren Falle variiert die auf einen Teil der Gattung gerichtete Forderung mit dem Zunehmen oder Abnehmen der Gattung bis zum Zeitpunkt der Erfüllung.

VII. Ist eine gattungsmäßig geschuldete Sache so bestimmt, daß sie aus einem bestimmten individuellen Vorrat geleistet werden soll, so braucht trotzdem eine beschränkt generische Obligation nicht vorzuliegen. Es kann sein, daß diese Bestimmung nur so

---

[77]) Ueber die verschiedenen Ansichten im gemeinen Recht siehe Kisch II, S. 1 ff., Anm. 1 a u. 1 b.

[78]) Hauptvertreter der Ansicht, daß es sich um Speciesschulden handle, war Oertmann (siehe 3. und 4. Auflage seines Kommentars, § 243, Erl. 1 a). Er begründete seine Ansicht damit, daß ein Teil eines Konkretums auch ein Konkretum sein müsse. Dies ist aber nicht richtig. In der 5. Auflage ist Oertmann auch der herrschenden Meinung beigetreten, § 243, Erl. 1 a.

a. M.: Eck I, S. 241; Ricken, S. 5; Cuno, S. 7; Dernburg II, 1, § 11, II.

[79]) Staudinger W. § 243, I Erl. 3; siehe auch Havenstein, S. 466—96.

[80]) So Kisch II, S. 73.

[81]) Kisch II, S. 74 ff., 194 f.

[82]) Kisch II, S. 41 ff.; Staudinger-Werner § 243, I, Erl. 3, Abs. 3.

gemeint ist, daß in erster Linie aus diesem Vorrat geleistet werden soll. Geht dieser Vorrat unter, so bleibt der Schuldner aber gemäß § 279 weiterhin verpflichtet. Ist der ganze Vorrat mit einem Mangel behaftet, so kann der Käufer Lieferung mangelfreier Ware gemäß § 480 verlangen, statt auf Wandlung oder Minderung angewiesen zu sein [83]).

VIII. Ueber die Qualität der zu leistenden Sache sagt § 243 Abs. 1, daß eine Sache mittlerer Art und Güte und dementsprechend § 360 HGB., daß Handelsgut mittlerer Art und Güte zu leisten ist. Der Schuldner darf natürlich statt Sachen mittlerer Art und Güte auch solche besserer Qualität leisten [84]), vorausgesetzt, daß mit der besseren Qualität nicht auch Eigenschaften verknüpft sind, welche die Sachen für den Gläubiger ungeeignet machen. Natürlich kann der Schuldner keine bessere Qualität leisten, wenn er dafür einen höheren Preis als den ursprünglich bestimmten fordert.

Bei Gattungsvermächtnissen gilt die Sondervorschrift des § 2155 Abs. 1: Es ist eine den Verhältnissen des Bedachten entsprechende Sache zu leisten. Bei Gattungsvermächtnissen kann die Vorschrift des § 243 Abs. 1 ergänzend zur Anwendung kommen, wenn sich aus den Verhältnissen des Bedachten nichts ergibt oder wenn diese noch einen gewissen Spielraum gestatten [85]).

---

[83]) So auch Pl.-Siber, § 243, Erl. 2, Abs. 3 a. E.; Kisch II, S. 51—53; er nennt eine solche Schuld „nicht exclusive Vorratsschuld".

[84]) Siehe Fischer, S. 188; Oertmann § 243, Erl. 2; Brodmann, S. 217, Anm. 2, Cosack, Bd. I, § 137, I, 2. — a. M.: Dernburg II, § 11, IV; Ricken, S. 9; Kohler, Lehrbuch II, § 37, II.

[85]) Ennecc. § 230 I, 2a; Ricken S. 10.

II. Hauptteil.

A. Der Eintritt der Konzentration und des Annahmeverzugs im normalen Verlauf der Abwicklung des Schuldverhältnisses.

§ 6.

Begriff und Voraussetzungen der Konzentration.

I. Bei Entstehung der Gattungsschuld ist noch ungewiß, mit welchen bestimmten Objekten die Erfüllung vorgenommen wird. Da der Erfüllungsakt nur mit konkreten Gegenständen vorgenommen werden kann, so muß in einem bestimmten Zeitpunkt eine Beschränkung des Schuldverhältnisses auf bestimmte Objekte eintreten. Den Vorgang dieser Beschränkung nennt man Konzentration (Konkretisierung, Spezialisierung, Invidividualisierung) des Schuldverhältnisses. Man sagt vielfach, es verwandle sich mit diesem Zeitpunkt die Gattungsschuld in eine Speciesschuld. Das ist aber nicht richtig. Die Schuld bleibt vielmehr eine Gattungsschuld, aber der Schuldner ist berechtigt, den Gläubiger auf die spezialisierte Sache zu verweisen und andererseits kann der Gläubiger die Lieferung der spezialisierten Sache verlangen[86]). Die Beschränkung auf eine bestimmte Sache im Sinne des § 243 als Umwandlung der Gattungsschuld in eine Speciesschuld aufzufassen, widerspricht nicht nur den Erfordernissen des Verkehrs, sondern steht auch mit den gesetzlichen Vorschriften über die Gewährleistungsansprüche bei Gattungsschulden in einem unversöhnlichen Widerspruch[87]). Mit Recht hat sich die Praxis der Gerichte in einer ganzen Reihe von Entscheidungen gegen eine solche Umwandlung ausgesprochen und insbesondere bei Annahmeverzug

---

[86]) Siehe Kohler II, § 39, IV; Breit, S. 118 ff.; Pl.-Siber § 243, Erl. 4; — a. M.: Fischer, S. 202 ff., der in besonders strengem Sinne die Umwandlungstheorie vertritt; Oertmann, Erl. 4 und 5 a; Staud.-W., Erl. II 2 b; Stern, S. 52; Adler in Grünhuts Zeitschrift, Bd. 39, S. 520 ff.; Staub, Vorbem. zu § 373, Anm. 70, 70 b; Anhang zu § 382, Anm. 45 c; Cosack, § 137, 5 a.

[87]) Breit, S. 119 ff.

ein jus variandi des Schuldners angenommen, wenn auch unter Heranziehung des Grundsatzes von Treu und Glauben [88]).

Eine Beschränkung auf bestimmte Objekte kann auch unabhängig von den Erfüllungshandlungen der Parteien eintreten, wenn die Gattung durch Untergang von Gattungsteilen so weit zusammenschrumpft, daß nur noch eine Erfüllungsmöglichkeit übrig bleibt. Die übrig bleibenden Objekte sind dann allein geschuldet. Dem steht es nicht entgegen, wenn der Untergang von Gattungsteilen vom Schuldner oder vom Glaubiger schuldhafterweise herbeigeführt wurde. In diesem Punkte besteht ein wesentlicher Unterschied gegenüber der Wahlschuld (§ 265). Ist eine Beschränkung durch Untergang von Gattungsteilen eingetreten, so gelten die Speciesgrundsätze voll und ganz. Dehnt sich der Kreis der zur Gattung gehörenden Gegenstande wieder aus, so wird dadurch diese „Konzentration" wieder rückgängig gemacht, sodaß keiner der nun zur Gattung gehörenden Gegenstände mehr in obligatione ist [89]).

Konzentration im technischen Sinne liegt auch nicht vor, wenn die Parteien vereinbaren, daß von einem bestimmten Zeitpunkt ab das Schuldverhältnis sich auf individuelle Objekte der Gattung beziehen solle. Eine solche Vereinbarung ist als Schuldänderungsvertrag nach § 305 zu behandeln [90]).

Unter Konzentration im technischen Sinne ist nur die Beschränkung des Schuldverhältnisses zu verstehen, welche die Abwicklung des Schuldverhältnisses durch Erfüllungshandlungen der Parteien mit sich bringt.

Wann der Konzentrationseintritt erfolgt, sagt in ganz allgemeiner und daher auslegungsbedürftiger Weise die Vorschrift des § 243:

Wer eine nur der Gattung nach bestimmte Sache schuldet, hat eine Sache mittlerer Art und Güte zu leisten.

Hat der Schuldner das zur Leistung einer solchen Sache seinerseits Erforderliche getan, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf diese Sache.

---

[88]) Siehe auch Dernburg, II, 1 § 12 II; Staub, Vorbem. zu § 373, Anm. 70, 70 b; § 373 Anm. 15 a. — auch ohne Annahmeverzug lassen ein jus variandi zu: Pl.-Siber § 243 Erl. 5 b α; Düringer-Hachenburg II, § 360, Anm. 5;

[89]) Siehe Stern S. 33.

[90]) So Breit S. 146; Pl.-Siber, § 243, Erl. 4; Oertmann § 243, Erl. 4. a. M.: Fischer S. 186 ff. — Er zählt diesen Fall zur Konzentration im technischen Sinne und will ihn nicht als Vertragsänderung nach § 305 behandelt wissen, mit der Begründung, daß diese Umwandlung nicht eine willkürliche Aenderung, sondern ein natürlicher Entwicklungsprozeß sei, da die Umwandlung der Gattungsschuld in eine Speciesschuld einmal erfolgen m u ß.

Diese Vorschrift ist die einzige im BGB., welche den Eintritt der Konzentration bestimmt [91]).

II. Erste Voraussetzung für den Eintritt der Konzentration ist demnach, daß der Schuldner Gattungssachen mittlerer Art und Güte liefern will. Die Objekte dürfen auch nicht mit einem Mangel behaftet sein [92]). Wie wir später sehen werden, decken sich die Voraussetzungen der Konzentration und des Annahmeverzugs hinsichtlich des auf seiten des Schuldners Erforderlichen. Gerade so wie der Schuldner durch das Angebot einer mangelhaften Sache keinen Annahmeverzug herbeiführen kann [93]), kann er auch die Konzentration nicht herbeiführen. Die Haltlosigkeit der gegenteiligen Ansicht ergibt sich m. E. aus folgender Erwägung: Liefert der Schuldner minderwertige Gattungssachen und gehen diese nachdem Konzentration eingetreten war, zufällig unter, so wird er von seiner Leistungspflicht befreit § 275). Bei einseitigen Obligationen würde der Gläubiger nichts bekommen und so den Schaden tragen, im Falle eines Versendungskaufes (§ 447) würde er sogar zur Leistung des Kaufpreises verpflichtet bleiben. Wären die mangelhaften Objekte nicht untergegangen, so hätte der Schuldner damit weder Erfüllung noch Annahmeverzug herbeiführen können.

Hat demnach der Schuldner mangelhafte Sachen zur Lieferung verwenden wollen und gehen diese vor der Erfüllung unter, so ist er noch nicht von seiner Leistung befreit, weil die Konzentration noch nicht eingetreten war.

III. Das BGB. bedient sich hinsichtlich der Frage, wann die Konzentration eintritt der Ausdrucksweise Jherings, obwohl dessen Lieferungstheorie selbst nicht ins Gesetz übergegangen ist [94]). Wenn dieser (in seinen Jahrbüchern Band 4, S. 384) sagt, daß das

---

[91]) a. M.: Kisch II, S. 100 u. S. 253 ff. behauptet, die Konzentration könne entweder durch Vertrag zwischen den Parteien oder dadurch, daß der Schuldner das seinerseits Erforderliche getan hat (§ 243 Abs. 2 oder durch den Gläubigerverzug gemäß § 300, Abs. 2 eintreten; § 300 Abs. 2 betreffe einen besonderen Fall der Konzentration; Siber § 243 4 c Abs. 1; Oertmann § 300, Erl. 3 b Abs. 2,; Stern, S. 47 glauben, daß § 300, Abs. 2 einen besonderen Fall des Konzentrationseintritts bestimme, der sich nicht schon aus § 243, Abs. 2 ergibt.

[92]) So auch: Cuno, S. 24; Breit, S. 122; Stern, S. 49, der mit Recht sagt, daß der Nachlieferungsanspruch beim Kauf gemäß § 480 Abs. 1 schon aus § 243 Abs. 2 folgt; ähnlich wie der letztere auch Staud.-W. § 243, III, Erl. 1, der den Anspruch auf Lieferung mangelfreier Sachen beim Kauf als Ausfluß des Gedankens bezeichnet, daß der Gattungsschuldner durch Lieferung mangelhafter Sachen überhaupt nicht erfüllt hat; Kohler II, § 39, III; Pl.-Siber § 243, Erl. 4 c α, Abs. 2; Staub, Vorbem. zu § 373, Anm. 70 b; a. M.: Schollmeyer, S. 93 ff.; Fischer, S. 212.

[93]) a. M.: Schollmeyer, a. a. O.; g e g e n ihn Breit, S. 121 ff., und Fischer, S. 223.

[94]) Über die verschiedenen Konzentrationstheorien des gemeinen Rechts siehe Cuno, S. 9—19.

generisch bestimmte Objekt erst mit der Erfüllung aus der Form der generischen Bestimmtheit heraustritt, leugnet er den Eintritt der Konzentration vor der Erfüllung und damit die Existenzberechtigung des Konzentrationsbegriffes überhaupt [95]).

Das Gesetz sagt uns nicht, was unter dem „seinerseits Erforderlichen" gemäß § 243 Abs. 2 zu verstehen ist. Die allgemeine und unbestimmte Fassung der Konzentrationsvorschrift hat zur Folge, daß die Fragen über die Voraussetzungen der Konzentration lebhaft umstritten sind. Man wird die Frage, wann die Konzentration eintritt, dahin beantworten können: Dies ist dann der Fall, wenn der Schuldner soviel getan hat, daß nur noch das bloße Annehmen durch den Gläubiger hinzukommen muß, damit die Erfüllung eintritt. Das Gesetz sagt „Hat der Schuldner das seinerseits Erforderliche g e t a n . . .", um damit auszudrücken, daß für die Konzentration der Zeitraum von Bedeutung ist, der zwischen dem T u n , den Erfüllungs h a n d l u n g e n des Schuldners und dem Eintritt der Erfüllung liegt. Der Schuldner soll die Erleichterungen, welche ihm die Konzentration bringt, dann genießen, wenn die weiteren Umstände seinem Einfluß entrückt sind. Der Erfüllungsakt erfolgt in der Regel erst eine gewisse Zeit nachdem der Schuldner das seinerseits Erforderliche getan hat. Die für die Konzentration bedeutsame Zeitspanne werden wir im folgenden kurz als den Konzentrationszeitraum bezeichnen. § 243 Abs. 2 ist nach seiner Fassung abgestellt auf den Fall, daß sich das Schuldverhältnis ordnungsmäßig bis zum Erfüllungsakt abwickelt, der Gläubiger entweder gar nicht oder doch erst infolge der Verweigerung der Annahme in Gläubigerverzug kommt. Dies ergibt sich insbesondere aus dem Ausdruck „das zur L e i s t u n g . . . Erforderliche". Die Vorschrift kann deshalb nicht zur Anwendung kommen, wenn der Schuldner das seinerseits Erforderliche zwar tut, das Schuldverhältnis aber noch nicht in das Stadium gerückt ist, welches unmittelbar dem Leistungsakt vorausgeht. Hat also vorher noch eine Mitwirkungshandlung des Gläubigers zu erfolgen, dann hat der Schuldner im Sinne dieser Vorschrift das seinerseits Erforderliche noch nicht getan [96]). Beispiel: Ein Fabrikant hat Gattungsware zu liefern. Nach ihrer Fertigstellung hat der Gläubiger noch für jede einzelne Sache die mit seiner Firma bedruckten Kar-

---

[95]) siehe Fischer, S. 191.

[96]) Staudinger-W., § 243, II, Erl. 2 a α sagt dementsprechend: Der Schuldner muß die ihm obliegende Erfüllungshandlung v o l l s t ä n d i g vorgenommen haben; a. M. offenbar: Siber § 243, Erl. 4 c β, der sagt, daß mit dem seitens des Schuldners zur Leistung einer Gattungssache Erforderlichen nur eine Tätigkeit gemeint sein könne, „die im Falle der Annahme seitens des Gläubers zur Erfüllung führt oder die in Fällen, in denen der Schuldner sowohl vor wie nach der Mitwirkung des Gläubigers zu handeln hat, erforderlich ist, um die Mitwirkung des Gläubigers zu ermöglichen".

tons zu schicken. In diesem Falle hat der Schuldner das seinerseits Erforderliche noch nicht getan, wenn die Fabrikation beendet ist, sondern erst, wenn er nach der Mitwirkung des Gläubigers auch die Verpackung der zu liefernden Sache erledigt hat. Eine andere Frage, die später untersucht werden soll, ist die, was der Schuldner zu tun hat, wenn der Gläubiger die Mitwirkungshandlung nicht rechtzeitig vornimmt. Wir werden sehen, daß der Schuldner in diesem Falle die Konzentration auf eine erleichterte Weise herbeiführen kann. Zur Beantwortung der Frage, wann der Schuldner die Konzentration frühestens herbeiführen kann, muß man in Erwägung ziehen, daß er die Last, welche er als Gattungsschuldner trägt (§ 279), nicht jederzeit auf den Gläubiger abwälzen kann. Er kann rechtswirksam die Leistung erst anbieten, wenn er nach § 271 dazu berechtigt ist. Vorher kann er weder den Annahmeverzug noch die Konzentration herbeiführen. Der Konzentrationszeitraum ist verschieden, je nachdem wir es mit einer Bring-, Hol- oder Schickschuld zu tun haben. Es ergibt sich daraus der Grundsatz: Der Schuldner darf die Konzentration erst herbeiführen, wenn nach Ablauf des Konzentrationszeitraumes das Angebot wirksam, also nicht verfrüht, dem Gläubiger gemacht ist[97]). Um zu finden, was unter dem seinerseits Erforderlichen zu verstehen ist, ist es zweckmäßig, den weiteren Verlauf der Abwicklung ins Auge zu fassen. Nach Ablauf des Konzentrationszeitraumes kann das Schuldverhältnis eine doppelte Entwicklung einnehmen. Nimmt nun der Gläubiger seine Mitwirkung zum Erfüllungsakt vor — falls überhaupt eine solche erforderlich ist —, so tritt Erfüllung und damit Untergang der Forderung ein. Nimmt der Gläubiger sie aber nicht vor, so kommt es zum Ausnahmeverzug. Das „seinerseits Erforderliche" ist also nichts anderes als das, was zur Erfüllung oder zum Annahmeverzug notwendig ist: Im „Normalfall" ein tatsächliches Angebot der Leistung, das nach Inhalt, Zeit und Ort der Verpflichtung des Schuldners entspricht (§ 294).

§ 7.

Das Erfordernis der Ausscheidung.

I. Wenn man auch dem zustimmt, daß das „seinerseits Erforderliche" im Sinne des § 243 Abs. 2 nichts anderes ist, als das tatsächliche Angebot der Leistung, genau so wie es zur Inverzugsetzung des Gläubigers erforderlich und genügend ist, so könnte man doch geneigt sein, zur Konzentration stets noch die Ausscheidung der Erfüllungsobjekte zu verlangen. Um dieses Erfordernis zu untersuchen, wollen wir einmal vorerst sehen, ob das tatsächliche Angebot im Sinne der §§ 293, 294 stets diese Ausscheidungen voraussetzt, damit es zur Inverzugsetzung des Gläu-

[97]) so auch Oertmann, § 343 Erl. 4; Cosack § 137, I, 3.

gers geeignet ist[98]). Es gibt im praktischen Leben eine ganze eihe von Fällen, bei denen es üblich ist, daß der Gläubiger bei tgegennahme der Leistung selbst noch mitwirkt, sei es, daß er e Erfüllungsobjekte mit abzählt, abwägt, Verpackungsmaterial ellt, Gefäße darbietet, in die unmittelbar aus dem größeren Ge- ß des Schuldners die Leistung gebracht werden soll usw. Solche andlungen des Gläubigers sind Mitwirkungshandlungen, die un- ttelbar beim Entgegennehmen der Leistung vorzunehmen sind. es dem Schuldner in solchen Fällen gestattet, die letzte Aus- heidung unmittelbar vor der Erfüllung vorzunehmen, so kann er en Gläubiger durch das Angebot in Verzug setzen, ohne daß die r Erfüllung erforderlichen Objekte individualisiert sind. Der emplex erfüllungsgeeigneter Objekte muß Gattungssachen mitt- rer Art und Güte enthalten. Beispiele: Die Eierfrau, welche Stück ins Haus zu liefern hat, kann den Gläubiger in Verzug ßen, wenn sie mit einem Korb voll Eier anbietet; der Kohlen- ndler führt den Annahmeverzug herbei, wenn er mit einer La- ung von 50 Ztr. Kohlen, von der er nur 15 zu liefern hat, beim läubiger erscheint und dieser die Annahme ablehnt.

Aber auch in anderen Fällen, wo das Anbieten mit einem ößeren Komplex n i c h t der Auffassung des Verkehrs entspre- end und üblich ist, steht grundsätzlich das Angebot einer größeren enge als geschuldet ist, dem Eintritt des Verzugs nicht im Wege, weit man dem Gläubiger zumuten kann, eine mühelose und ohne osten verbundene Ausscheidung selbst vorzunehmen[99]).

II. Wenn man nun bedenkt, daß das seinerseits Erforderliche r Herbeiführung der Konzentration sich deckt mit dem Erforder- s des tatsächlichen Angebots, so wird man den Schluß ziehen üssen, daß in den oben genannten Fällen auch die Konzentration ne Ausscheidung der Erfüllungsobjekte erfolgen kann. Es tritt ann Konzentration auf einen größeren Komplex erfüllungsgeeig- ter Objekte ein. Es ergibt sich demnach der Satz, daß die durch tsächliches Angebot herbeigeführte Konzentration (wie auch der nnahmeverzug) nicht notwendig eine Ausscheidung der Erfül- ngsobjekte voraussetzt[100]). Es sei damit aber nicht behauptet,

[98]) Daß das tatsächliche Angebot Ausscheidung voraussetzt, wird all- emein angenommen, so z. B. Titze, S. 16, 17; Pl.-Siber § 243 Erl. 4 c α; osenberg, S. 278; Breit, S. 143; Staub § 373 Anm. 11.

[99]) so auch Oertmann § 293 1; Entscheid. d. RG. 23, 126

[100]) Gegenteilige Meinung: Siber § 243 4 c α sagt, die Ausschei- ung sei sowohl für die Konzentration nach § 243 Abs. 2 als auch für en nach § 300 Abs. 2 erfolgenden Annahmeverzug erforderlich; Titze, 16, setzt Ausscheidung immer zum Eintritt der Konzentration voraus; scher, S. 234—238, gibt zu, daß der Annahmeverzug unter Umständen ne Ausscheidung möglich sei, jedoch glaubt er, daß hier die Kon- ntrationslehre, insbesondere § 243 Abs. 2, vollständig versagen, weil e Konzentration begrifflich die Ausscheidung und die Individualisierung s zur Spezies voraussetze. Er versucht hier, mit § 300 Abs. 2 billige

daß das tatsächliche Angebot der Leistung ohne Konzentration erfolgen könne. Das tatsächliche Angebot bringt vielmehr von selbst mit sich, daß der Schuldner entweder die Erfüllungsobjekte vollständig ausgeschieden oder, falls ihm dies gestattet ist, inmitten eines größeren Komplexes anbietet. Das tatsächliche Angebot bringt eine Konzentration mit sich, sei es auch nur eine solche auf einen größeren Komplex erfüllungsgeeigneter Objekte.

Fälle dieser Art sind insbesondere bei Schickschulden in Gestalt der sogenannten Sammelsendungen von großer Bedeutung. In bezug auf diese Sammelsendungen behandelt eine ganze Reihe von Autoren die Frage, ob sie dem Gefahrübergang beim Versendungskauf (§ 447) entgegenstehen. Wir müssen hier eine allgemeine Regelung finden, die nicht nur für den Versendungskauf sondern für die Schickschuld überhaupt gilt. Die Frage des Gefahrübergangs im Sinne des § 447 ist unabhängig von der Frage der Konzentration zu beurteilen, siehe § 14 der Abhandlung.

Es ist insbesondere wegen der Ersparnis an Fracht sehr häufig der Fall, daß der Schuldner an eine Anzahl Gläubiger zusammen Gattungswaren schickt. Bisweilen ist es vertragsmäßige Vereinbarung, daß eine solche Sammelsendung erfolgen solle. Man wird aber auch in anderen Fällen eine solche dem Schuldner gestatten, wenn sie verkehrsüblich ist oder den Interessen und damit dem vermutlichen Willen der Gläubiger entspricht [101]). Bei Untergang der ganzen Sendung wird der Schuldner frei. Geht ein Teil unter, so kann sich nicht jeder der Gläubiger auf den Standpunkt stellen, daß seine Forderung noch aus den übrigen Gattungsteilen befriedigt werden könne. Jeder trägt vielmehr einen entsprechenden Teil der Gefahr. Man kann hier mit Jhering [102]) und Fischer [103]) von einer societas periculi der Destinatäre sprechen [104]). Hat in solchen Fällen der Schuldner selbst die letzte Ausscheidung zur Befriedigung der einzelnen Destinatäre vorzunehmen, so hat er das seinerseits Erforderliche mit der Absendung noch nicht getan; es liegt dann keine Schick- sondern eine Bringschuld vor, die Ver-

---

Ergebnisse zu finden und glaubt, daß dieser Paragraph, den er selbst (mit Recht) für überflüssig und zu eng erachtet „vielleicht" für die obigen Fälle selbständige Bedeutung behalte. Meines Erachtens kann man den Eintritt der Konzentration nur durch § 243 Abs. 2 erklären. Da dieser das Wort „Ausscheidung" nicht gebraucht, steht er der hier vertretenen Ansicht nicht entgegen.

[101]) So Oertmann, § 243, Erl. 5 b α; Adler, S. 520; Komm. d. RGR § 243, Erl. 3; eine etwas strengere Auffassung hat Titze, S. 260, der eine Sammelsendung nur zuläßt, wenn sie entweder ausdrücklich bedungen ist oder sich auf Grund bestehender Handelsgebräuche ergibt.

[102]) a. a. O., S. 434.

[103]) a. a. O., S. 236.

[104]) gegen eine solche societas periculi ist Dür.-Hach. III, S. 86 auch Breit, S. 144 f, scheint diese Ansicht vorzuziehen, indem er glaubt es fehle an einer gesetzlichen Grundlage.

endung selbst gehört noch zu seinen Obliegenheiten. Hat er aber ur eine Anweisung über das Ausscheiden zu geben, die er vom Erfüllungsort aus vornehmen darf, während die Ausscheidung durch die Destinatäre selbst vorzunehmen ist, so ist eine solche Anweisung nur als Nebenleistung anzusehen und ändert nichts an dem Vorliegen einer Schickschuld [105]).

§ 8.

Der Zeitpunkt des Eintritts der Konzentration und des Annahmeverzugs.

Konzentration und Annahmeverzug sind Erscheinungen, die sich im Laufe der Abwicklung des Schuldverhältnisses ergeben. Für die Frage, wann der Annahmeverzug eintritt, kommt es auf die Leistungszeit an. Die Konzentration tritt, wie oben bereits ausgeführt wurde, eine gewisse Zeit vor der Erfüllung oder dem an ihrer Stelle Platz greifenden Annahmeverzug ein. Der Konzentrationszeitraum ist verschieden, je nachdem wir es mit einer Bring-, Schick- oder Holschuld zu tun haben.

I. Eine Bringschuld liegt vor, wenn der Schuldner verpflichtet ist, die Erfüllung am Wohnsitz des Gläubigers oder eines empfangsberechtigten Dritten vorzunehmen. In diesem Falle hat der Schuldner das seinerseits Erforderliche getan, wenn er die Erfüllungsobjekte an diesen Ort gebracht und dem Gläubiger angeboten hat. Die Konzentration tritt ein, wenn dem Gläubiger nun die Möglichkeit gegeben ist, Kenntnis davon zu erlangen, daß die Leistungsobjekte eingetroffen sind und von ihm nach der Auffassung des Verkehrs die Kenntnisnahme verlangt wird. Daß er wirklich Kenntnis genommen hat, ist nicht erforderlich [106]). Ist der Gläubiger abwesend und hat er auch keinen Vertreter aufgestellt, welcher für ihn zur Entgegennahme der Leistung berechtigt ist, so muß er die Folgen des Annahmeverzugs und der Konzentration tragen. Der Verzug tritt nicht gleichzeitig mit der Konzentration ein, wenigstens braucht dies nicht der Fall zu sein. Es kann nämlich nach dem Inhalt der Verpflichtung sein, daß dem Gläubiger noch eine gewisse Zeit zu gönnen ist, damit er sich überlegen kann ob er annehmen will oder nicht [107]). Auch kann es sein, daß das Annehmen selbst eine gewisse Zeit dauert; dies ist vor allem dann möglich, wenn der Gläubiger beim Leistungsakt Mitwirkungshandlungen vorzunehmen hat, z. B. die Erfüllungsobjekte abzuzählen, abzuwägen

---

[105]) über Nebenleistungen bei Schickschulden, welche den Charakter der Schuld als Schickschuld nicht ändern, siehe Pl.-Siber § 269, Erl. 1 b α.

[106]) so auch Oertmann § 294, Erl. 5; Pl.-Siber § 294, Erl. 2.

[107]) so auch Pl.-Siber § 243, Erl. 4 c β aa.

hat oder Anweisungen zu geben hat, wohin der Schuldner die Objekte zu bringen hat. Der Schuldner hat dann das seinerseits Erforderliche schon vor Ablauf dieser Zeit getan und die Konzentration herbeigeführt, während die Erfüllung selbst oder der an ihre Stelle tretende Annahmeverzug erst etwas später eintritt. Ist der Schuldner abwesend, so entspricht es der Billigkeit, daß auch der Annahmeverzug nicht sofort eintritt, sondern erst mit dem Zeitpunkt, zu dem er eingetreten wäre, wenn der Gläubiger anwesend gewesen wäre und die Erfüllung entgegengenommen hätte.

Der Zeitraum zwischen Konzentration und Annahmeverzug ist bei Bringschulden in der Regel ein kurzer; es ist aber keinesfalls richtig zu glauben, bei Bringschulden sei ein Konzentrationszeitraum nicht möglich, weil das Angebot sofort angenommen oder abgelehnt werden müsse und es deshalb nur dann zur Konzentration kommen könne, wenn der Gläubiger die Leistung ablehnt und in Annahmeverzug kommt [108]).

II. Eine Schickschuld liegt vor, wenn der Schuldner dem Gläubiger den Leistungsgegenstand zu schicken hat, der Wohnort des Schuldners aber der Leistungsort ist. Annahme- oder Erfüllungsort hingegen ist der Wohnsitz des Gläubigers. Mit dem Absenden [109]) hat der Schuldner das seinerseits Erforderliche getan und somit die Konzentration herbeigeführt. Der Annahmeverzug tritt dann ein, wenn der Zeitpunkt gekommen ist, zu dem der Schuldner erwarten konnte, daß er durch den Untergang seiner Verpflichtung befreit werde. Das Angebot muß aber zugegangen sein. Wenn auch der Transport selbst nicht mehr zu den Obliegenheiten des Schuldners gehört, so kann man doch vor Ankunft der Leistungsgegenstände nicht von einem Annahmeverzug reden [110]).

[108]) a. M.: Titze, S. 17: „im Falle der Bringschuld fallen also Annahmeverzug und Konzentration der Leistung notwendig zusammen." Dies mit der Begründung, daß der Schuldner dem Gläubiger durch die Realofferte gleichzeitig mit dem Eintritt der Konzentration in mora accipiendi versetze; Fischer, S. 195, behauptet, daß die Konzentration bei Hol- und Bringschulden nur im Falle des Annahmeverzugs selbständige Bedeutung habe; ebenso Oertmann § 300, Erl. 3 a. Der hier vertretenen Ansicht kommt Siber § 243, Erl. 4 a β aa, am nächsten. Er glaubt, daß bei der Bringschuld Konzentration ohne Annahmeverzug meist unmöglich sei, weil die Nichtannahme regelmäßig in dem Augenblick vorliegen werde, in dem sich das tatsächliche Angebot vollende.

[109]) über einzelne Ausnahmefälle, in denen der Schuldner auch nach der Absendung bei Schickschulden noch gewisse Nebenleistungen vorzunehmen hat, siehe Pl.-Siber § 269, Erl. 1 b α.

[110]) so Pl.-Siber § 294, Erl. 2; Fischer, S. 195 f. A. Ansicht offenbar Adler, DJZ. 18, Sp. 534, der bei Transporthindernissen nach Analogie zu § 447 Annahmeverzug zustande kommen läßt. Diese Ansicht beruht auf der Verkennung des Umstandes, daß der Annahmeverzug zeitlich später erfolgt als der in § 447 bestimmte Gefahrübergang. Man kann nicht, wie dies Adler tut, die Versendung vom Erfüllungs- zum Lieferungsort als eine vom Verkäufer für den Käufer übernommene Annahmehandlung betrachten.

Dem Gläubiger muß die Möglichkeit der Kenntnisnahme gegeben sein.

Bei der Schickschuld ist der Zeitraum zwischen Konzentration und Annahmeverzug in der Regel ein erheblicher, weil er die ganze Zeit des Transportes umfaßt.

Ein Sonderfall der Schickschulden sind die Geldschulden. Hier gilt die Vorschift des § 270, daß der Schuldner im Zweifel Geld auf seine Kosten und Gefahr dem Gläubiger an seinen Wohnsiß zu übermitteln hat. Es ist bestritten, ob es sich hier überhaupt um eine Schickschuld handelt. Eine Anzahl von Schriftstellern nimmt das Vorliegen einer Bringschuld an[111]). Die hier zu untersuchende Frage, wann Konzentration, wann Annahmeverzug eintritt, ist m. E. von dieser Streitfrage unabhängig. Das auf seiten des Schuldners Erforderliche ist durch die Vorschrift des § 270 abweichend vom Regelfalle festgelegt. Das Geld kann dem Gläubiger an seinen Wohnsiß übermittelt sein und doch braucht er noch keine Kenntnis davon zu haben. Bei Geldschulden, wird man wohl kaum dem Gläubiger für die Annahme noch eine gewisse Zeit einräumen müssen. Daher dürfte hier zwischen dem Zeitpunkt des Zugehens des Geldes und der Ablehnung bezw. Annahme desselben kein Zeitraum einzuschieben sein. Mit dem Zugehen kommt es daher entweder sofort zum Erlöschen der Fordeung durch Erfüllung oder zum Annahmeverzug[112]).

Eine Sonderstellung nehmen auch die Vorschriften über den Versendungskauf (§ 447) und Versendungswerkvertrag (§ 644 Abs. 2) ein. Beide sind Fälle der Schickschuld. Das Geseß bestimmt hier, daß der Schuldner das seinerseits Erforderliche mit der Auslieferung der Erfüllungsgegenstände an den Spediteur, Frachtführer oder die sonst zur Ausführung der Versendung bestimmte Person oder Anstalt getan hat und daß mit diesem Zeitpunkt „die Gefahr des zufälligen Untergangs oder einer zufälligen Verschlechterung der Sache" auf den Gläubiger übergeht. Es tritt damit also eine gesteigerte Konzentrationswirkung ein. Das Schuldverhältnis beschränkt sich nicht nur auf „diese Sache" im Sinne des § 243 Abs. 2, sondern der Schuldner behält auch den Anspruch auf die Gegenleistung, wenn die Erfüllungsobjekte auf dem Transport zufällig untergehen oder zufällig verschlechtert werden. Zu beach-

[111]) Schickschuld nehmen an: Pl.-Siber § 270, Erl. 1, Abs. 4; Oertmann § 270, Erl. 3, mit genauerer Literaturangabe; — Bringschuld nimmt z. B. Enneccerus § 247, II, 1 a an.

[112]) Pl.-Siber § 243, Erl. 4 c β bb, und Oertmann § 300, Erl. 3 b Abs. 2 glauben, daß hier die Konzentration nach § 300 Abs. 2 erfolge. Für diese Fälle habe die genannte Vorschrift Bedeutung. Dies ist m. E. deshalb nicht richtig, weil § 300 nicht bestimmt, wann Konzentration eintritt, sondern welche Folge der Konzentrationseintritt in Verbindung mit dem Annahmeverzug hat: Erhaltung des Anspruchs auf die Gegenleistung bei gegenseitigen Verträgen. Siehe § 13 II der Abhandlung. Gegen die Ansicht Sibers auch Brodmann, S. 220, Anm. 9 a. E.

ten ist, daß die Gefahr, welche gemäß § 447 übergeht, sich ausschließlich beschränkt auf die Beförderungsgefahr. Letztere umfaßt nur den Schaden, der seine Ursache, wenn auch nur Mitursache in der Versendung hat [113]).

III. Eine Holschuld liegt vor, wenn sich der Gläubiger zur Entgegennahme der Leistung an den Wohnsitz des Schuldners begeben muß. In diesem Falle ist das seinerseits Erforderliche im Sinne des § 243 Abs. 2 geringer als bei einer Bring- oder Schickschuld. Der Schuldner braucht nur auf den Gläubiger zu warten. Er kann aber die Konzentration nicht jederzeit herbeiführen, sondern erst dann, wenn er zur Leistung berechtigt ist. Berechtigt zur Leistung ist der Schuldner gemäß § 271 Abs. 1 im Zweifel auch schon vor der Fälligkeit. Welche Bedeutung hat nun diese Vorschrift bei der Holschuld? Vor der Fälligkeit der Leistung braucht der Gläubiger nicht zum Abholen zu erscheinen. Daher kann der Schuldner vor Fälligkeit überhaupt nur dann leisten, wenn er mehr tut als ihm obliegt, nämlich die Leistung bringt. Tut er das, so kann er vor Fälligkeit die Konzentration und den Annahmeverzug herbeiführen. Bringt er aber die Leistung nicht, sondern wartet er bis der Gläubiger zum Abholen erscheint, so ist er nicht berechtigt, die Konzentration vorher durch ein wörtliches Angebot im Sinne des § 295 herbeizuführen. Das seinerseits zur Leistung Erforderliche besteht in einem tatsächlichen Angebot der Leistung. Es ist nicht richtig, wenn man sagt, bei Holschulden könne der Schuldner die Konzentration durch bloße Ausscheidung der Erfüllungsobjekte und eine Anzeige von derselben an den Gläubiger herbeiführen [114]). Dies ist dann richtig, wenn der Gläubiger zur Abholung nicht rechtzeitig erschienen ist [115]).

Der Annahmeverzug kommt hier dann zustande, wenn der Gläubiger zwar zur Abholung rechtzeitig erscheint, aber trotzdem aus irgendeinem Grunde die Leistung nicht entgegennimmt. Mit dem tatsächlichen Angebot der Leistung an den erschienenen Gläubiger tritt Konzentration ein. Genau so wie bei der Bring- und Schickschuld ist es auch hier nicht immer der Fall, daß die An-

[113]) siehe Komm. der RGR., § 447 Ziff. 4; Staud.-Kober § 447, Erl. 2 e; Staub, Anhang zu § 382, Anm. 50 b.

[114]) a. M.: Tiefe, S. 17 f.: „Handelt es sich hingegen um einen Fall der Holschuld, oder hat der Gläubiger dem Schuldner von vornherein erklärt, daß er die Leistung nicht annehmen werde, so genügt es zu seiner Inverzugsetzung, daß ihm die Leistung vom Schuldner wörtlich angeboten bzw. er von letzterem aufgefordert wird, die Sache abzuholen (§ 295)". Danach könnte er auch die Konzentration jederzeit vornehmen, wenn er nun auch noch die Erfüllungsobjekte ausscheidet; Fischer, S. 200 sagt, daß es bei Holschulden zur Konzentration genügen müsse, wenn der Schuldner die Ware wörtlich anbiete usw.; Ennecc. § 280 II 2 b; Pl.-Siber § 243, Erl. 4 c β cc; Staud.-Werner § 243 II, Erl. 2 b β.

[115]) über diesen Fall siehe § 10 II 3 der Abhandlung.

nahme der Leistung oder der Annahmeverzug sofort mit dem Angebot des Schuldners erfolgen muß. Man denke z. B. daran, daß es dem Gläubiger gestattet sein kann, nach dem erfolgten Angebot die Sache zu prüfen und sich zu überlegen, ob er annehmen will oder nicht [116]). Die Erfüllung oder die an ihrer Stelle Platz greifende Inverzugsetzung tritt dann eine gewisse Zeit später ein als die Konzentration. Die Konzentration hat demnach auch ohne Annahmeverzug selbständige Bedeutung [117]).

B. Der Eintritt der Konzentration und des Annahmeverzugs bei anormalem Verlauf der Abwicklung des Schuldverhältnisses.

§ 9.

Kann die Vorschrift des § 243 Abs. 2 auch für den anormalen Verlauf der Abwicklung des Schuldverhältnisses Anwendung finden?

I. Wie wir oben gesehen haben, ist § 243 Abs. 2 auf den Fall abgestellt, daß sich das Schuldverhältnis bis zum Erfüllungsakt ordnungsmäßig abwickelt, daß es also entweder gar nicht oder doch erst infolge des Nichtannehmens zum Gläubigerverzug kommt. Bei der Behandlung des Annahmeverzugs haben wir diesen Fall als den normalen Verlauf der Abwicklung des Schuldverhältnisses bezeichnet. Wenn aber der Gläubiger vor dem tatsächlichen Angebot des Schuldners erklärt hat, daß er nicht annehmen werde, oder wenn er im Verlauf der Abwicklung eine Mitwirkungshandlung nicht zur obligationsmäßigen Zeit vorgenommen hat, so kann der Annahmeverzug durch bloßes wörtliches Angebot zustande kommen (§ 295.) In den Fällen, in denen die Mitwirkung zu einem fest bestimmten Zeitpunkt erfolgen muß, ist überhaupt kein Angebot zur Inverzugsetzung des Gläubigers erforderlich (§ 296).

II. Der Annahmeverzug bringt dem Schuldner Erleichterungen, insbesondere die Ermäßigung seiner Haftung gemäß § 300 Abs. 1. Welche Bedeutung haben aber diese Erleichterungen ohne Konzentration? Der Schuldner kann die Vorteile des Annahmeverzugs in der Hauptsache erst dann genießen, wenn er eine Beschränkung des Schuldverhältnisses auf die von ihm zur Erfüllung auserlesenen Objekte herbeigeführt hat; andernfalls greift trotz des

---

[116]) Siber erwähnt diesen Gesichtspunkt nur bei der Bringschuld, § 243, Erl. 4 c β aa. Er hat aber die gleiche Berechtigung auch bei der Schick- und Holschuld.

[117]) Titze, S. 17 f; Fischer, S. 195, vertreten die gegenteilige Ansicht; Siber spricht sich über diese Frage nicht aus, weil er den Fall nicht behandelt, wo bei einer Holschuld tatsächliches Angebot zu erfolgen hat, siehe § 243, 4 c β aa; ähnl. Oertmann, § 243, Erl. 4 Abs. 2.

Annahmeverzugs die Vorschrift des § 279 Plaß. Sollte er nun in solchen Fällen durch wörtliches oder gar kein Angebot den Annahmeverzug herbeiführen können, aber zur Konzentration noch tatsächlich anbieten müssen? Wir haben oben (§ 6 III der Abhandlung) gesehen, daß im „Normalfalle" das zur Herbeiführung der Konzentration und des Annahmeverzugs Erforderliche sich vollständig deckt, soweit es sich um die Voraussetzungen auf seiten des Schuldners handelt. Aus diesen Erwägungen kommen wir zu dem Schluß, daß diese Parallele auch gilt, wenn der Schuldner infolge des obligationswidrigen Verhaltens des Gläubigers nur wörtlich oder (im Falle des § 296) gar nicht anzubieten braucht.

III. In der Literatur sucht man meist durch eine weitherzige Auslegung des § 300 Abs. 2 zu billigen Ergebnissen zu kommen. Dabei gehen die einzelnen Schriftsteller verschieden weit. Ein großer Teil glaubt aus dieser Vorschrift herauslesen zu können, daß auch ein wörtliches Angebot zur Herbeiführung der Konzentration genüge. Dagegen lehnen es diese Schriftsteller ab, den Gefahrübergang auch dann anzunehmen, wenn der Gläubigerverzug ohne Angebot eintritt (§ 296), weil sie eine so weitgehende Auslegung für unzulässig halten [118]). Letzteres mit Recht. § 300 Abs. 2 hat nämlich nur den Fall im Auge, daß t a t s ä c h l i c h angeboten wird [119]). Eine andere Gruppe von Schriftstellern legt § 300 Abs. 2 so aus, daß er auch Anwendung finden könne, wenn der Gläubigerverzug ohne Angebot eintritt [120]). Einen besonderen Ausweg sucht Rosenberg [121]). Daß die Konzentration auch durch wörtliches Angebot erfolgen kann, begründet er aus § 300 Abs. 2. Er lehnt jedoch dessen Heranziehung für die Fälle ab, in denen der Annahmeverzug ohne Angebot eintritt. Hier greift er zurück auf die Vorschrift des § 243 Abs. 2 und läßt mit Recht auch Konzentration ohne Angebot zu. Rosenberg kommt demgemäß der hier vertretenen Ansicht sehr nahe, wenn er auch zum Teil seine Ansichten durch Auslegung des § 300 Abs. 2 begründet. Siber zieht mit Recht die §§ 295, 296 heran um zu begründen, was unter

---

[118]) so Cuno, S. 41—43; Oertmann § 300, Erl. 3 d; Ennecc. § 281, Anm. 4; Staud.-Kuhl. § 300, Erl. 3 b; Eck, S. 288, Planck (3. Aufl.) § 300, Erl. 3; Ricken, S. 24 ff. Nach letzterem soll eine „Aufforderung" gemäß § 295 aber nicht genügen, weil das kein Angebot sei; es bedürfe dann noch eines besonderen Angebots.

[119]) Ueber die Bedeutung des § 300, Abs. 2, siehe § 13 der Abhandlung.

[120]) so Stern, S. 44 ff. Er begründet dies damit, daß diese Vorschrift mit dem Ausdruck „die angebotene Sache" nur sagen wolle, es müsse mit genügender Deutlichkeit in die Erscheinung getreten sein, was oder woraus geleistet werden soll. Der Wortlaut des Gesetzes nötige nicht zu der Annahme, daß man auf das reale oder bloß wörtliche Angebot so großes Gewicht habe legen wollen; ähnlich Titze, S. 19 f. und Schollmeyer, S. 96, 119.

[121]) Seite 278 ff.

dem seinerseits Erforderlichen gemäß § 243 Abs. 2 zu verstehen ist, wenn er auch einen Grund dafür, daß dies zulässig ist, nicht angibt [122]).

IV. Wir haben bisher davon abgesehen, daß zur Konzentration notwendigerweise gehört, daß der Schuldner entweder bestimmte individuelle Leistungsobjekte ausgesondert hat oder doch wenigstens einen größeren Komplex bereit gestellt hat, aus dem er sofort die letzte Ausscheidung vornehmen kann, wenn der Gläubiger annimmt. Zum Annahmeverzug gehört in den Fällen der §§ 295, 296 keineswegs, daß der Schuldner die Leistungsobjekte b e r e i t hält. Das Gesetz verlangt, daß er zur Zeit des Angebots oder im Falle des § 296 zu der für die Handlung des Gläubigers bestimmten Zeit i m s t a n d e ist, die Leistung zu bewirken (§ 297). Dies bedeutet nicht, daß er zu der maßgebenden Zeit schon erfüllungsbereit sein, z. B. schon ausgeschieden haben müßte [123]). Es genügt, wenn er zur Leistung bereit ist, sobald der Gläubiger die Mitwirkungshandlung nachgeholt oder seine Annahmeverweigerung widerrufen hat. Es ist nicht einmal erforderlich, daß der Schuldner die Leistungsgegenstände bereits in Händen hat; es genügt, wenn er sie sofort beschaffen kann. In den Fällen der §§ 295, 296 kann demnach der Annahmeverzug ohne Konzentration erfolgen. Beim Annahmeverzug durch tatsächliches Angebot hingegen haben wir gesehen, daß dieses von selbst eine Konzentration mit sich bringt. In den Fällen der §§ 295, 296 wird es sehr häufig der Fall sein, daß die Konzentration dem Annahmeverzug nachfolgt. Erfolgt sie erst später als der Annahmeverzug, so stellt sie sich als ein rein interner Akt dar, es bedarf keiner nachträglichen Mitteilung an den Gläubiger [124]). Eine Reihe von Schriftstellern spricht davon, daß im Falle des § 295 zur Konzentration neben der Ausscheidung auch eine Mitteilung derselben an den Gläubiger erforderlich sei [125]); Siber spricht von dem Versuch einer Mitteilung. Nach der hier entwickelten Ansicht ist diese Mitteilung nichts anderes als das wörtliche Angebot. Da man aber nicht zwei verschiedene Mitteilungen, die Mitteilung von der Ausscheidung und

---

[122]) im Ergebnis auch richtig: Fischer, S. 200 in der Anm. 43. Er sagt, daß sich das Ergebnis, daß im Falle des § 296 Konzentration ohne Angebot eintreten kann, nicht aus § 300 Abs. 2 herleiten lasse, ohne aber selbst anzugeben, aus welchen Vorschriften er seine Ansicht begründet.

[123]) Pl.-Siber § 297 Abs. 2; Staub § 373 Anm. 15.

[124]) so auch Titze, S. 19; Fischer, S. 200; Stern, S. 45; Rosenberg, S. 178; Siber § 243, Erl. 4 c β cc Abs. 2. Dieser Schriftsteller meint, falls der Gläubiger vorher erklärt hat, daß er die Mitwirkung nicht vornehmen werde, sei aber noch ein Versuch der Mitteilung (gleichbedeutend mit dem Absenden der Mitteilung) erforderlich, weil dann mit einer spontanen Mitwirkung des Gläubigers nicht zu rechnen sei.

[125]) so Oertmann § 300, Erl. 3 b a. E.; Pl.-Siber § 243, Erl. 4 c β cc; Breit S. 163; siehe auch Entsch. d. RG. in Band 57, S. 405.

das wörtliche Angebot vom Schuldner verlangen kann, so kommt man zu der etwas merkwürdigen Ansicht, eine solche „Mitteilung" schließe ganz von selbst ein wörtliches Angebot in sich [126]). Dieser Ansicht kann m. E. nicht zugestimmt werden. Wenn der Schuldner dem Gläubiger nur mitteilt, daß er die Leistungsgegenstände ausgeschieden hat, so ist eine solche Mitteilung von viel schwächerer Wirkung als die Aufforderung, eine Mitwirkungshandlung vorzunehmen oder das wörtliche Angebot der Leistung. Die Ansicht des Reichsgerichts drängt die Hauptsache in den Hintergrund. Erforderlich ist das wörtliche Angebot, ein Hinweis, daß die Objekte ausgeschieden seien, ist unwesentlich. Erfolgt der Annahmeverzug, ohne daß die Leistungsobjekte schon bereitgestellt sind, so braucht der Schuldner eine nun erfolgende Bereitstellung dem Gläubiger nicht mitzuteilen. Die Konzentration stellt sich als rein interner Akt dar.

Wenn auch das, was der Schuldner dem Gläubiger gegenüber zu tun hat um die Konzentration und den Annahmeverzug herbeizuführen, inhaltlich das gleiche ist, so ist doch eine ganz andere Frage die, w a n n die Konzentration und w a n n der Annahmeverzug eintritt.

§ 10.

Der Zeitpunkt des Eintritts der Konzentration und des Annahmeverzugs für den Fall, daß nur wörtliches Angebot erforderlich ist.

I. Wir haben hier zwei Fälle auseinander zu halten. Einmal den Fall, daß der Schuldner bei der Inverzugsetzung des Gläubigers zwar imstande ist, die Leistung zu bewirken, die Leistungsobjekte aber noch nicht bereit hat [127]). Tritt nun der Annahmeverzug ein und erst später die Konzentration, so kann naturgemäß als Zeitpunkt der Konzentration nur der Zeitpunkt in Betracht kommen, in dem der Schuldner seine Bereitschaft zur Leistung herbeigeführt hat. Zu dieser Bereitschaft ist keineswegs notwendigerweise Ausscheidung erforderlich. Es genügt, daß der Schuldner einen Komplex bereit hält, aus dem er jederzeit die Erfüllung vornehmen kann, wenn der Gläubiger nun sein Verhalten ändert und annimmt. Es tritt dann Konzentration auf diese größere Quantität ein. Wenn

[126]) so die Entsch. d. RG., Bd. 57, S. 405; ihr zustimmend Siber § 243, 4 c β cc 1. Absatz.

[127]) Meist wird die nachträglich erfolgende Konzentration gar nicht behandelt; siehe z. B. Siber § 243, Erl. 4 c β cc; Oertmann § 300, Erl. 3 c: Erst recht genügt ein wörtliches Angebot in den sonstigen Fällen des § 295; die Gefahr geht über mit der Aufforderung zu der dem Gläubiger obliegenden Mitwirkungshandlung zur Leistung, die e r f o l g t e Aussonderung voraussetzt; Rosenberg, S. 279; Fischer, S. 202; Ennecc. § 281 II, 2. Dagegen erwähnt Oertmann diesen Gesichtspunkt in der Anm. 5 b α a. E. zu § 243, wenn auch nur nebenbei; er sagt, daß zum Gefahrübergang die zum Annahmeverzug (v o r h e r o d e r n a c h h e r) hinzutretende Aussonderung genüge.

der Schuldner einmal den Annahmeverzug herbeigeführt hat, so hat er damit das seinerseits Erforderliche dem Gläubiger gegenüber getan. Die Konzentration ist nun ein rein interner Akt, den er jederzeit vornehmen kann, wenn er will.

II. Es soll nun das Augenmerk auf den Fall gerichtet sein, daß der Schuldner bei Vornahme des wörtlichen Angebots bereits leistungsbereit ist. Hier können für den Zeitpunkt des Konzentrationseintrittes in Frage kommen: der Zeitpunkt der Absendung, des Zugehens, der Vernehmung des wörtlichen Angebots oder gar ein noch späterer Zeitpunkt, der sich daraus ergeben könnte, daß man dem Gläubiger eine Frist gönnen muß, bis er die Mitwirkungshandlung vorgenommen hat. Leitender Gedanke muß auch hier sein, daß § 243 Abs. 2 die Konzentration eintreten läßt, wenn der Schuldner die Leistungshandlung vollzogen hat: hat der Schuldner das seinerseits Erforderliche getan. Die Frage des Konzentrationseintrittes ist verschieden zu behandeln, je nachdem wir es mit einer Bring-, Schick- oder Holschuld zu tun haben. Auch beim tatsächlichen Angebot der Leistung kommt es auf den Leistungsort an, und die rechtliche Natur des Angebots ist belanglos. Das Gesetz sagt, es genügt in den Fällen des § 295 ein wörtliches Angebot an Stelle eines tatsächlichen; deshalb ist der Schluß gerechtfertigt, daß man als Zeitpunkt des Konzentrationseintritts den Zeitpunkt annimmt, zu dem die Konzentration bei tatsächlichem Angebot erfolgt wäre [128]).

1. Liegt eine Bringschuld vor, so tritt die Konzentration erst mit dem Zugehen des wörtlichen Angebots ein. Die Billigkeit dieser Ansicht ergibt sich aus folgender Erwägung: Hätte der Gläubiger die Mitwirkungshandlung rechtzeitig vorgenommen oder hätte er nicht erklärt, daß er die Leistung nicht annehmen werde, so hätte der Schuldner das seinerseits Erforderliche erst getan, nachdem er die Erfüllungsobjekte dem Gläubiger gebracht hat. Wenn nun an Stelle eines tatsächlichen Angebots ein bloßes wörtliches Angebot erfolgt, so muß der Schuldner in gleicher Weise das Risiko der Uebermittelung des wörtlichen Angebots tragen.

---

[128]) In der Literatur wird diese Unterscheidung nirgends gemacht, und die Frage nach dem Zeitpunkt des Konzentrationseintrittes einheitlich beantwortet. Cuno, S. 42; Rosenberg, S. 57; Fischer, S. 201, halten das Angebot sowie die ihr gleichgestellte Aufforderung, die Mitwirkungshandlung vorzunehmen, für einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärungen und glauben daher, daß sie erst mit dem Zugehen wirksam werden und deshalb auch die Konzentration erst mit dem Zugehen wirksam wird. So im Ergebnis auch Oertmann, § 300, Erl. 3 b a. E., der von einer empfangs- aber schwerlich vernehmungsbedürftigen Mitteilung von der vollzogenen Aussonderung spricht. Dagegen hält Siber § 295, Erl. 3, das wörtliche Angebot für eine Rechtshandlung und verlangt zur Konzentration, daß das Angebot ordnungsmäßig abgeschickt worden sei. Siber spricht von einem Versuch der Mitteilung an den Gläubiger.

Ist das wörtliche Angebot erfolgt, so bestehen für die weitere Entwicklung zwei Möglichkeiten:

a) Nimmt nun der Gläubiger die Mitwirkungshandlung vor, oder erklärt er, daß er nun doch annehmen wolle, so tritt eine purgatio morae ein. Die Sachlage ist nun so, als wäre die Hemmung durch das Verhalten des Gläubigers gar nicht eingetreten. Der Schuldner muß nun die Leistung tatsächlich anbieten. Die bereits eingetretene Konzentration wird dadurch nicht berührt, obwohl sie auf eine leichtere Art und Weise, nämlich durch wörtliches Angebot herbeigeführt worden war [129]). Der Konzentrationszeitraum erstreckt sich von dem „Zugehen" des wörtlichen Angebots bis zum Eintritt der Erfüllung.

b) Nimmt der Gläubiger die Mitwirkungshandlung nicht vor, so kommt es zum Annahmeverzug. Dabei ist es gleichgültig, warum der Gläubiger die Mitwirkung unterläßt. Es kann sogar sein, daß er überhaupt keine Kenntnis von dem Angebot erlangt hat. Kenntnisnahme ist nicht erforderlich [130]). Verhält sich der Gläubiger passiv, so wird man als Zeitpunkt des Annahmeverzugs den Zeitpunkt ansehen müssen, zu dem der Schuldner spätestens erwarten konnte, daß der Gläubiger seine Mitwirkung vornehmen werde [131]).

2. Liegt eine Schickschuld vor, so hat der Schuldner das seinerseits Erforderliche getan mit dem Absenden des wörtlichen Angebots. Das Angebot selbst reist auf Gefahr des Gläubigers. Hätte der Gläubiger sich nicht geweigert anzunehmen oder hätte er die Mitwirkungshandlung rechtzeitig vorgenommen, so hätte der Schuldner auch schon mit dem Absenden der Erfüllungsobjekte die bessere Stellung infolge der Beschränkung seiner Verpflichtung auf „diese Sache" erlangt. Durch das obligationswidrige Verhalten des Gläubigers darf er nicht schlechter gestellt sein.

Wann kommt es in diesem Falle zum Annahmeverzug? Voraussetzung für denselben ist, daß das wörtliche Angebot zugegangen ist. Sonst kann man überhaupt nicht von einer Nichtannahme des wörtlichen Angebots sprechen [132]). Der Verzug kann demnach frühestens mit dem Zugehen des wörtlichen Angebots eintreten. Es sind aber auch hier wieder Fälle denkbar, wo

[129]) so auch Siber § 304, Erl. 3 b.

[130]) so auch Oertmann § 294, Erl. 5; Pl.-Siber § 294, Erl. 2; Kohler, Bürg A 13, S. 199; Rosenberg, S. 157.

[131]) siehe auch Siber, § 243, Erl. 4 c β cc, 3. Abs.: Bedarf die Mitwirkung des Gläubigers einer gewissen Zeit vom Zugang des wörtlichen Angebots oder der Aufforderung (§ 295) ab, so kann erst nach deren Ablauf Annahmeverzug eintreten; ähnlich Oertmann § 295, Erl. 2; Fischer, S. 201.

[132]) siehe auch Siber § 243, Erl. 4 c β cc Abs. 3 und 4 c β bb, sowie § 294 Erl. 2, wo ausgeführt ist, daß vor der Ankunft der Leistungsgegenstände oder bei wörtlichem Angebot vor der Ankunft derselben von einer Nichtannahme keine Rede sein kann.

man dem Gläubiger nach dem Zugehen noch eine gewisse Zeit einräumen muß, bis zu welcher er spätestens die Mitwirkung vorzunehmen hat. Gleichgültig ob sich der Gläubiger rein passiv verhält oder zu erkennen gibt, daß er die Mitwirkungshandlungen nicht vornehmen werde, wird man diesen Zeitpunkt als Zeitpunkt des Annahmeverzugs annehmen müssen.

3. Liegt eine Holschuld vor und erscheint der Gläubiger am Fälligkeitstermin nicht zur Abholung, so kann er durch wörtliches Angebot in Verzug gesetzt werden. Bei Holschulden wird es häufig der Fall sein, daß ein fester Termin für die Leistung nicht bestimmt ist, weil dem Gläubiger anheimgestellt sein soll, die Leistungsgegenstände nach seinem Belieben früher oder später abzuholen. Erscheint der Gläubiger zur Abholung nicht, so wird man aus den Umständen des Falles einen Zeitpunkt annehmen können, zu dem der Schuldner spätestens den Eintritt der Erfüllung erwarten konnte. Eine Leistungszeit läßt sich bei jedem Vertrag ermitteln, sei es aus der Parteiabrede oder den Umständen, sei es nach § 271 BGB.[133]). Wäre der Gläubiger rechtzeitig erschienen, so wäre der Schuldner nun von seiner Leistungspflicht durch den Eintritt der Erfüllung befreit. Daher ist es gerechtfertigt, daß der Annahmeverzug mit diesem Zeitpunkt eintritt. Die Konzentration tritt dementsprechend ein mit dem Zeitpunkt, in dem sie bei normalem Verlauf eingetreten wäre.

§ 11.

Der Zeitpunkt des Eintritts der Konzentration und des Annahmeverzugs für den Fall, daß gar kein Angebot erforderlich ist.

Ist für die vom Gläubiger vorzunehmende Handlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so bedarf es des Angebots nur, wenn der Gläubiger die Handlung rechtzeitig vornimmt (§ 296).

I. Hat der Schuldner zu dem maßgebenden Zeitpunkte die Erfüllungsobjekte noch nicht bereitgestellt und ist er leistungsfähig im Sinne des § 297, so tritt vorerst nur Annahmeverzug ein. Die Konzentration kann der Schuldner erst dadurch herbeiführen, daß er nachträglich noch die Erfüllungsgegenstände sich verschafft und für den Gläubiger bereithält, sei es ausgeschieden oder doch in Form eines größeren Komplexes erfüllungsgeeigneter Gattungssachen. Von dieser nachträglichen Bereitstellung braucht er dem Gläubiger keine Mitteilung zu machen. Sie stellt sich als ein rein interner Akt dar, zu dessen Vornahme der Schuldner nach eingetretenem Annahmeverzug jederzeit berechtigt ist.

II. Vielfach wird der Schuldner zu dem maßgebenden Zeitpunkt bereits die Erfüllungsobjekte bereitgestellt haben. In diesem Falle tritt die Konzentration und der Annahmeverzug zugleich ein.

[133]) siehe Kisch I, Seite 19.

Einer Mitteilung an den Gläubiger bedarf es nicht [134]). Gegen die hier vertretene Ansicht wird vielfach angeführt, sie mache den Gefahrübergang von einer „unkontrollierbaren, jederzeit wieder rückgängig zu machenden Handlung" abhängig [135]). Das ist an sich richtig. Der Schuldner kann die Tätigkeit der Ausscheidung jederzeit rückgängig machen, die Konzentration auch wieder herbeiführen, indem er sich von neuem die Leistungsgegenstände verschafft und dieselben für den Gläubiger bereithält. Tut er dies, so verstößt er nur gegen sein eigenes Interesse. Will er sich darauf berufen, daß er durch Untergang der Leistungsgegenstände von seiner Verpflichtung befreit sei, so muß er dies beweisen. Diesen Beweis kann er aber nur führen, wenn er die Konzentration herbeigeführt hatte.

III. Gar keines Angebots bedarf es zur Inverzugsetzung des Gläubigers auch dann, wenn ein Angebot von vornherein zwecklos ist. Dies ist z. B. der Fall, wenn der Gläubiger abwesend ist und niemand da ist, der für ihn die Leistung in Empfang zu nehmen befugt ist [136]). Zur Zeit der Entstehung der Forderung dachte der Schuldner nicht daran, sich zu einer öffentlichen Zustellung des wörtlichen Angebotes zu verpflichten. Würde man vom Schuldner verlangen, daß er sich die Mühen und Kosten einer öffentlichen Zustellung machen müsse um den Annahmeverzug und die Konzentration herbeizuführen, so müßte er mehr tun, als ihm obliegt. Eine solche Zumutung wäre auch deswegen unbillig, weil in diesem Falle der Annahmeverzug erst später eintreten würde, als er bei obligationsmäßigem Verhalten des Gläubigers eingetreten wäre. Durch die Abwesenheit des Gläubigers dürfen dem Schuldner keine Nachteile entstehen. Ist der Schuldner zu dem maßgebenden Zeitpunkt zur Leistung imstande aber noch nicht bereit, so kann er die Konzentration nachträglich durch einen rein internen Akt noch herbeiführen.

---

[134]) so auch Tiße, S. 19 f.; Fischer, S. 200; Rosenberg, S. 278; Stern, S. 45; Schollmeyer, S. 96, 119; Dernburg II, § 76, II 2 a; Pl.-Siber § 243, Erl. 4 c β cc. a. M.: Cuno, S. 43; Eck, S. 288; Staud.-Kuhl. § 300, Erl. 3; Kisch, Kr. v. J. Schr. 44, S. 513; Ennecc. § 281 II, 2 und Anm. 4; Planck (3. Aufl.), Anm. 3; Staub § 373, Anm. 24, und Anhang zu § 382, Anm. 45 c. Diese Schriftsteller verlangen zum Eintritt der Konzentration noch ein wörtliches Angebot der ausgeschiedenen Objekte. Siehe auch RG.-Entsch., Bd. 57, S. 404.

[135]) siehe Oertmann § 300, Erl. 3 d.

[136]) so Kohler, Bürg A 13, S. 199; Pl.-Siber, § 243, 4 c β cc, Abs. 2, und § 295, Erl. 3 a. M.: Staud.-Kuhl., § 294, Erl. 2; Ennecc. § 280, Anm. 7; Oertmann § 295, Erl. 3, und Ziv. A 116, S. 8 ff. und 28.

C. Unmöglichkeit der Leistung nach dem Eintritt der Konzentration und des Annahmeverzugs. Der sogenannte „Gefahrübergang bei Gattungsschulden."

§ 12

Die Wirkung der Konzentration auf den Bestand der Forderung.

I. Der Gattungsschuldner erfährt durch die Konzentration eine Besserstellung. Vorher hatte er „solange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt" (§ 279). Mit dem Eintritt der Konzentration beschränkt sich das Schuldverhältnis auf „diese Sache". Vielfach sagt man, es gehe damit die Gefahr auf den Gläubiger über[137]). Von einer ganzen Reihe von Schriftstellern wird überhaupt Konzentration und Gefahrübergang inhaltlich geradezu als gleichbedeutend behandelt. Von einem Gefahrübergang durch die Konzentration kann in Wahrheit keine Rede sein. So lange diese nicht eingetreten ist, hat der Schuldner nur Sachen der Gattung zu leisten, nicht aber gerade die, auf welche er vielleicht sein Augenmerk zum Zwecke der Erfüllung bereits gerichtet hat. Gehen diese unter, so kann er nicht sagen, es seien die dem Gläubiger geschuldeten gewesen. Der Satz, daß der Schuldner durch Untergang einzelner Teile der Gattung nicht befreit wird, hätte einer Niederlegung in § 279 gar nicht bedurft[138]). Der Gattungsschuldner trägt vor der Konzentration kein

[137]) so z. B. Cuno, S. 20: „der Uebergang der Gefahr bei der Gattungsschuld ist im BGB. geregelt durch § 243 Abs. 2, der allerdings in erster Linie den Verlust des ius variandi betrifft"; Titze, S. 16 ff.; Berndorff, S. 39; Haver, S. 39; Ricken, S. 28. Oertmann § 243, Erl. 5 b α, gebraucht das Wort Gefahrübergang zwar, spricht sich aber deutlich aus, daß darunter nur die Kehrseite des § 279 zu verstehen ist; in ähnlicher Weise spricht der Komm. der RGR., Ziffer 3, davon, daß im § 243 Abs. 2 Gefahrübergang im Sinne der §§ 275, 323 geregelt sei. Siber spricht von Gefahrübergang im Sinne der Konkretisierung, siehe § 243, Erl. 4 b a E.

Richtiger Ansicht: Fischer, S. 159 ff., der sagt, daß bei einseitigen Obligationen der Gefahrbegriff entbehrlich ist (S. 229) und bei gegenseitigen Verträgen das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung betrifft (S. 231); Breit, S. 134 ff. weist überzeugend nach, daß Konzentration und Gefahrübergang nichts miteinander zu tun haben.

[138]) Staud-Werner § 243 II, 2 b α. Die Auslegung des § 279 ist äußerst umstritten: Kisch I, S. 110 ff., hält die Regel des § 279 für eine Ausnahmebestimmung von den gewöhnlichen Grundsätzen. Es liege hier einer der Fälle vor, in denen die Rechtsordnung dem einzelnen einen unverschuldeten Schaden zurechnet. Siber, Erl. 1 a zu § 279, glaubt, daß diese Vorschrift überhaupt nichts mit dem Grundsatz: genus perire non censetur zu tun habe. Dieser Grundsatz folge nicht aus § 279; denn die Folge des „Vertretenmüssens sei nicht die Fortdauer des Primäranspruchs, sondern nach §§ 280, 286, 287 eine Ersatzpflicht wegen Nichterfüllung oder Erfüllungsverzögerung; so auch Titze, S. 92 f., der

periculum obligationis, sondern ein periculum rei [139]). Die Frage, wer die Gefahr trägt, kann nur dann aufgeworfen werden, wenn Gegenstände vorhanden sind, die sich bereits im obligatorischen Verhältnis befinden [140]). Auch vor eingetretener Konzentration wird der Schuldner von seiner Leistung befreit, wenn eine Unmöglichkeit der Leistung eintritt. Allerdings wird eine solche seltener eintreten als nach der Konzentration. Befreiung des Schuldners tritt ein, wenn die ganze Gattung untergeht, ferner „wenn die Gattung außer Verkehr gesetzt oder einem Ausfuhrverbot unterworfen, wenn sie vom Staat in Kriegszeiten vollständig aufgekauft wird, infolge einer allgemeinen Verkehrsstockung nicht befördert, infolge eines Arbeiterausstandes nicht hergestellt werden kann [141]). Der Begriff „möglich" in § 279 darf nicht in absolutem Sinne verstanden werden. Unmöglichkeit ist schon anzunehmen, wenn die Beschaffung von Gegenständen der Gattung so schwierig geworden ist, daß sie dem Schuldner billigerweise nicht zugemutet werden kann [142]). An sich trägt demnach der Gläubiger das Risiko nichts zu bekommen schon vor der Konzentration. Durch die Konzentration wird aber die Wahrscheinlichkeit, daß eine Befreiung des Schuldners eintreten kann, erhöht. Bei gegenseitigen Verträgen ist der Schuldner vor wie nach der Konzentration der Geschädigte, wenn die Leistung durch einen Umstand, den weder er noch der Gläubiger zu vertreten hat, unmöglich wird. Zu beachten ist noch, daß es sich bei Untergang der Sache, auf die die Beschränkung gemäß § 243 Abs. 2 eingetreten ist, eigentlich nicht um eine Unmöglichkeit der Leistung handelt, weil das Gattungsschuldverhältnis durch die Konzentration nicht untergegangen ist, die Aufhebung der Verpflichtung nicht auf Unmöglichkeit der Leistung beruht, sondern darauf, daß der Schuldner auf die untergegangene Sache verweisen kann und zur Ersatzleistung nicht verpflichtet, wohl aber berechtigt ist [143]).

Das Gesetz gebraucht im § 243 Abs. 2 nicht das Wort „Gefahrübergang". Es müßte auch seiner eigenen Terminologie un-

zugibt, daß § 279 den Grundsatz: genus perire non censetur zwar aussprechen wolle, aber mit diesem Wortlaut etwas anderes ausgesprochen hat. Er gibt zu, daß das Ergebnis, zu dem der Wortlaut nötige, ein unbilliges ist, glaubt aber, daß es bei diesem sein Bewenden haben müsse. Im übrigen über die äußerst umstrittene Auslegung dieser Vorschrift siehe die Literaturangaben bei Oertmann. Dieser Schriftsteller hält daran fest, daß dem § 279 der Grundsatz zugrunde liegt, daß der Schuldner durch Untergang von Gattungsteilen solange zur Erfüllung verpflichtet bleibt, als die Leistung aus der Gattung möglich ist.

[139]) so auch Stern, S. 13 und S. 25.
[140]) so auch Cuno, S. 3; Stern, S. 5.
[141]) Kisch I, S. 113.
[142]) Siehe Brodmann, S. 220; Eck, S. 269; Kisch I, S. 113.
[143]) siehe Breit, S. 149 ff.

treu werden, wenn es dies täte; denn überall wo das Gesetz von Gefahrübergang auf den Gläubiger spricht, hat dies die Bedeutung, daß mit dem maßgebenden Zeitpunkt der Schuldner bei zufälligem Untergang oder zufälliger Verschlechterung des Leistungsgegenstandes frei wird bzw. mit der verschlechterten Sache erfüllen kann und den vollen Anspruch auf die Gegenleistung behält (§§ 446, 447, 450, 459, 644 Abs. 1 S. 2, 644 Abs. 2). Auch von Gefahrtragung spricht das Gesetz nur in diesem Sinne, siehe §§ 588, 2380. Im letztgenannten Paragraphen ist der Ausdruck: der Käufer trägt die Gefahr, völlig gleichbedeutend mit dem in §§ 446 usw. gebrauchten Ausdruck „Gefahrübergang". Vor Abschluß des Kaufes kann von einer Gefahrtragung des Schuldners nicht die Rede sein, da die Frage der Gefahrtragung nur im Rahmen eines obligatorischen Verhältnisses aufgeworfen werden kann.

II. Tritt nur eine „relative" Konzentration ein[144]), so bleibt der Schuldner verpflichtet, solange die Leistung aus diesem Komplex möglich ist; hat er in seinem Lager 100 Ztr. Kohlen bereit um dem Gläubiger davon 40 Ztr. zu liefern, sobald dieser zur Abholung erscheint und gehen nach eingetretener Konzentration 80 Ztr. durch einen Brand unter, so bleibt er nur noch zur Leistung von 20 Ztr. verpflichtet, kann aber, falls es sich um einen gegenseitigen Vertrag handelt, nur die Gegenleistung für 20 Ztr. verlangen (§ 323). Man könnte hier auch zu einem anderen Ergebnis kommen, indem man, ähnlich wie dies bei den Sammelsendungen zwischen den einzelnen Destinatären angenommen wurde, eine societas periculi zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger konstruiert. Nach einer solchen Auffassung wäre der Schaden verhältnismäßig zu teilen. Nachdem von dem ganzen Vorrat von 100 Ztr. nur 20, also ein Fünftel, übrig geblieben ist, bekäme auch der Gläubiger nur ein Fünftel der ursprünglichen Forderung, also 8 Ztr., und muß dafür den entsprechenden Kaufpreis bezahlen. Von besonderer Bedeutung ist diese unterschiedliche Auffassung bei einseitigen Obligationen. Bei solchen trägt der Gläubiger im Falle eines zufälligen Untergangs der Leistungsobjekte den Schaden, während er bei gegenseitigen Verträgen zwar eine geringere Menge bekommt als er ursprünglich zu beanspruchen hatte, aber auch die Gegenleistung nur zu einem entsprechenden Teil erbringen muß.

Die Annahme einer societas periculi zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger entspricht m. E. nicht der strengen Haftung des Gattungsschuldners. Wir werden daher nur die erstere Auffassung billigen können, welche die Konzentration auf einen

[144]) diesen Ausdruck gebrauchen Adler Grünh. Zeitsch. Bd. 39, S. 511 ff., insbes. S. 520, und Oertmann § 243, Erl. 5 b α

größeren Komplex so behandelt, als sei nun dieser Komplex die Gattung, aus der geleistet werden muß [145]).

§ 13.

Die Wirkung des Annahmeverzugs und der Konzentration auf den Bestand der Forderung.

I. Die Folgen des Annahmeverzugs für die Verpflichtung des Schuldners sind in zwei Paragraphen zusammengefaßt: §§ 300 Abs. 1 und 324 Abs. 2. Wie wir oben gesehen haben, ist die Konzentration nicht notwendigerweise Voraussetzung für den Eintritt des Annahmeverzugs. Wir wollen hier vorerst untersuchen, welche Folgen der Annahmeverzug ohne Dazukommen der Konzentration mit sich bringt.

Der Gattungsschuldner wird vor der Konzentration von seiner Verpflichtung nur frei, wenn die Leistung aus der Gattung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes unmöglich wird, den er nicht zu vertreten hat (§ 275). Durch die Vorschrift des § 300 Abs. 1 wird der Kreis der vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstände erweitert. Nach dem Eintritt des Annahmeverzugs wird er auch befreit, wenn er leicht fahrlässigerweise den Untergang der ganzen Gattung oder eine auf einem anderen Umstande beruhende Unmöglichkeit der Leistung verursacht hat. Die Möglichkeit, auf die Gattung in diesem Sinne einzuwirken, ist insbesondere bei Schulden aus einem individuellen Vorrat von praktischer Bedeutung. Man denke an den Fall, daß ein Schuldner leicht fahrlässig das Faß Wein zugrunde gehen läßt, aus dem er 10 Liter schuldet, oder daß er leicht fahrlässig den Diebstahl des in seiner Scheune befindlichen Getreides begünstigt, aus dem er 10 Ztr. zu leisten hat. Ein derartiger Fall liegt auch vor, wenn der Schuldner die ganze Gattung an einen Dritten verkauft, indem er seine Verpflichtung zur Leistung an den ursprünglichen Gläubiger vergißt und der Dritte die erhaltenen Sachen nicht mehr zurückgibt. Bei gegenseitigen Verträgen bestimmt § 324 Abs. 2. daß der Schuldner frei wird und den Anspruch auf die Gegenleistung behält, wenn die ihm obliegende Leistung infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes zu einer Zeit unmöglich wird, zu welcher der Gläubiger sich im Verzug der Annahme befindet. In dieser Bestimmung ist der Uebergang der Gefahr auf den Gläubiger als Folge des Annahmeverzugs niedergelegt. Vorher trägt der Schuldner die Gefahr, da er durch eine Unmöglichkeit der Leistung zwar befreit wird, aber auch den Anspruch auf die Gegenleistung verliert.

[145]) So auch Fischer, S. 237 f. Dieser Schriftsteller lehnt zwar eine Konzentration auf einen größeren Komplex ab, kommt aber durch Auslegung des § 300 Abs. 2 zu einem richtigen Ergebnis.

Von einem Gefahrübergang kann man überhaupt nur bei gegenseitigen Verträgen sprechen. Wenn bei einseitigen Obligationen infolge eines vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstandes die Leistung unmöglich wird, so geht das immer auf Kosten des Gläubigers, gleichgültig, ob die Unmöglichkeit vor oder nach der Konzentration, vor oder nach dem Annahmeverzug eintritt. Er trägt allein das periculum obligationis. Die ratio legis des § 324 Abs. 2 ist die, daß der Schuldner nach Eintritt des Annahmeverzugs aus diesem Schuldverhältnis keine Nachteile mehr erleiden darf, weil er bei normalem Verhalten des Gläubigers nun befreit wäre und aller weitere Schaden den Gläubiger treffen würde. Vor dem Annahmeverzug unterscheidet das Gesetz bei gegenseitigen Verträgen drei Möglichkeiten: Unmöglichkeit der Leistung infolge eines vom Schuldner zu vertretenden Umstandes (§ 325), infolge eines vom Gläubiger zu vertretenden Umstandes (§ 324 Abs. 1) und infolge eines von keiner der Parteien zu vertretenden Umstandes (§ 323). Wäre die Bestimmung des § 324 Abs. 2 nicht vorhanden, so würde der Schuldner, der leicht fahrlässig eine Unmöglichkeit der Leistung herbeiführt, zwar befreit werden, verlöre aber auch den Anspruch auf die Gegenleistung. Die Bestimmung des § 324 Abs. 2 geht nun weiter und stellt eine Unmöglichkeit der Leistung, die auf einem von keiner der Parteien zu vertretenden Umstande beruht, einer solchen gleich, die der Gläubiger zu vertreten hat. Das Gesetz macht aus den ursprünglich vorhandenen drei Möglichkeiten der §§ 323 bis 325 zwei, indem es die Bestimmungen des § 323 in Wegfall kommen läßt.

Die Vorschrift des § 324 Abs. 2 setzt keine Konzentration voraus. Letztere hat nur die Bedeutung, daß die Möglichkeit für das Eintreten einer Befreiung von der Leistung erhöht wird.

II. Die Wirkung, welche der Annahmeverzug nach eingetretener Konzentration auf den Bestand der Forderung hat, ist in der Vorschrift des § 300 Abs. 2 ausgesprochen: Wird eine nur der Gattung nach bestimmte Sache geschuldet, so geht die Gefahr mit dem Zeitpunkt auf den Gläubiger über, in welchem er dadurch in Verzug kommt, daß er die angebotene Sache nicht annimmt. Die Vorschrift spricht vom Angebot einer Sache. Sie hat den Fall im Auge, bei dem der Annahmeverzug durch die Nichtannahme der tatsächlich angebotenen Leistung zustande kommt. Sie spricht das aus, was sich schon aus anderen Vorschriften ergibt, nämlich aus § 324 Abs. 2 in Verbindung mit § 243 Abs. 2; deshalb ist sie überflüssig [146]). Die Vorschrift des § 300 Abs. 2

[146]) so auch Rosenberg, S. 276; Fischer, S. 232; Staud.-Kuhl. § 300, Erl. 2; Brodmann, S. 220, Anm. 9 a. E. a. M.: Stern, S. 48; Siber § 243, Erl. 4 c β bb Abs. 2. Dieser hält die Vorschrift des § 300 Abs. 2 gleichbedeutend mit der nach § 243 Abs. 2 bestimmten Konzentration und

ist auch für das Verständnis des Gesetzes schädlich, da sie den Anschein erweckt, daß sie allein bestimme, welche Wirkung der Annahmeverzug im Falle einer später eintretenden Unmöglichkeit der Leistung hat. Der Gefahrübergang setzt keine Konzentration voraus, wohl aber die Vorschriften des § 300 Abs. 2 [147]). Aus diesem Grunde darf man aus dieser Vorschrift keineswegs die Beantwortung der Frage versuchen, ob der Gefahrübergang unter Umständen auch durch wörtliches oder gar kein Angebot herbeigeführt werden kann [148]). Die Erklärung, daß das zulässig ist, muß durch eine entsprechende Auslegung des § 243 Abs. 2, der einzigen Konzentrationsvorschrift gefunden werden (siehe die Ausführungen in § 9 der Abhandlung).

III. Ist eine Konzentration auf einen größeren Komplex eingetreten, so wird der Schuldner frei, wenn dieser Komplex während des Annahmeverzugs untergeht. Bei gegenseitigen Verträgen behält er seinen Anspruch auf die Gegenleistung. Ein praktisch vorgekommener Fall ist der folgende [149]): Ein Grubenbesitzer hat eine gewisse Quantität Briketts zu liefern. Der Gläubiger nimmt den Abruf der Leistung nicht rechtzeitig vor und kommt gemäß § 296 ohne ein Angebot in Annahmeverzug. Der Schuldner hat die Briketts zwar nicht unter genauer Ausscheidung der bestellten Quantität, aber doch als Bestandteil seines großen Lagers bereitgehalten. Geht nun durch einen Brand das ganze Lager zugrunde, so verliert der Schuldner seinen Anspruch auf den Kaufpreis nicht. Es wäre, wirtschaftlich betrachtet, ein Unding, wenn man von dem Grubenbesitzer verlangen würde, daß er für jeden seiner Kunden die genaue Quantität ausscheiden müsse. Weder die Verkehrsauffassung noch das Interesse des Gläubigers gebieten eine solche Ausscheidung [150]). Wäre in diesem Falle nur ein Teil der Kohlen abgebrannt, so wäre der Schuldner gemäß § 279 von seiner Verpflichtung nicht befreit, sondern müßte seine Leistung aus dem noch vorhandenen Bestand bewirken.

---

mißt ihr, wenn auch nur für seltene Ausnahmefälle, selbständige Bedeutung bei: für die Fälle der Schickschuld, bei denen abweichend von der Regel die Beschränkung erst mit der Ankunft eintreten soll, wie dies als gesetzliche Ausnahme in § 270 für die Geldschulden bestimmt ist. Aehnlich auch Oertmann § 243, Erl. 3.

[147]) Mit Recht hat das Reichsgericht in der Entsch. Bd. 103, S. 15, für den dortigen Fall die Anwendung des § 300 Abs. 2 abgelehnt, hingegen die Vorschrift des § 324 Abs. 2 angewandt, weil es sich in dem dort entschiedenen Falle um eine Unmöglichkeit der Leistung handelt, welche durch ein allgemeines Veräußerungsverbot hervorgerufen worden ist. Eine solche Unmöglichkeit setzt keine Konzentration voraus.

[148]) Dies tun z. B.: Oertmann § 300, Erl. 3; Ennecc. § 281, Anm. 5; Cuno, S. 41—43; Cosack § 165 III; Eck, S. 288; Stern, S. 44 ff.; Titze, S. 17 ff.; Schollmeyer S. 119.

[149]) Entsch. d. RG., Bd. 57, S. 403.

[150]) Unrichtig ist deshalb die Entscheidung dieses Falles in Band 57, Seite 403 ff., weil dort Ausscheidung und wörtliches Angebot der aus-

§ 14.

Der Gefahrübergang beim Kauf.

I. Das Gesetz bestimmt in § 446 für den Kauf: „Mit der Uebergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung auf den Verkäufer über . . .

Wird der Käufer eines Grundstückes vor der Uebergabe als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen, so treten diese Wirkungen mit der Eintragung ein."

Es fragt sich nun, in welchem Verhältnis diese Vorschrift zu den übrigen Vorschriften steht, welche den Gefahrübergang regeln. Zu Bedenken könnte einmal der Umstand Anlaß geben, daß das Gesetz in § 300 Abs. 2 vom Uebergang der Gefahr schlechthin spricht, hingegen in § 446 nur vom Uebergang der Gefahr eines zufälligen Untergangs oder einer zufälligen Verschlechterung. Wenn wir auch im vorigen Paragraphen gesehen haben, daß § 300 Abs. 2 überflüssig ist, weil er nur einen Fall für das Zustandekommen des Annahmeverzugs und der Konzentration herausgreift, so ist doch nicht zu bestreiten, daß der Begriff „Gefahrübergang" inhaltlich der gleiche ist, wie er sich aus der allgemeinen Vorschrift des § 324 Abs. 2 unter Beachtung von § 300 Abs. 1 ergibt. Wir können den Vergleich des Gefahrübergangs durch Annahmeverzug mit dem in § 446 bestimmten Gefahrübergang deswegen unbedenklich ziehen, weil § 300 Abs. 2 gerade den Fall regelt, bei dem der Annahmeverzug durch tatsächliches Angebot zustande kommt. Es kann Uebergabe und damit Gefahrübergang gemäß § 446 erfolgt sein und dann noch Annahmeverzug gemäß § 300 Abs. 2 eintreten. Der Zeitpunkt der Uebergabe, der zur Erfüllung zu verwendenden Objekte ist maßgebend für den Eintritt den Konzentration. Mit der Uebergabe hat der Schuldner das seinerseits Erforderliche getan. Dagegen tritt die Erfüllung oder an ihrer Stelle der Annahmeverzug erst ein, wenn der Gläubiger das Angebot der Leistung nicht annimmt. Der Zeitpunkt des Gefahrübergangs im Sinne des § 446 ist also ein früherer als der in § 300 Abs. 2 geregelte. Zwischen beiden Vorschriften besteht aber auch ein inhaltlicher Unterschied. Mit der Uebertragung des Besitzes soll nämlich nur die Gefahr des Untergangs oder der Verschlechterung der Sache übergehen. Tritt zwischen dem Zeitpunkt der Uebergabe der Sache und dem Zeitpunkt des Annahmeverzugs eine Unmöglichkeit der Leistung ein, welche nichts mit dem Untergang oder einer zufälligen Ver-

geschiedenen Sachen verlangt wird, damit die Gefahr übergehen könne; Brodmann, S. 294, Anm. 11, entscheidet diesen Fall ebenfalls anders. Er verlangt zwar kein Angebot, aber doch die Ausscheidung der bestellten Quantität. Aehnlich Breit, S. 142.

schlechterung zu tun hat, so trifft ein solcher Schaden den Verkäufer, der seiner Eigentumsverschaffungspflicht nicht mehr nachkommen kann. Dies ist z. B. der Fall, wenn nach der Uebergabe der Sache die Leistung infolge eines allgemeinen Veräußerungsverbotes oder einer allgemeinen Beschlagnahme unmöglich wird. Dann wird der Schuldner zwar frei, verliert aber auch seinen Anspruch auf die Gegenleistung.

Beim Grundstückskauf ist der Zeitraum zwischen dem Gefahrübergang, der mit der Erlangung des Besitzes eingetreten ist, und der Verschaffung des Eigentums durch Eintragung im Grundbuch unter Umständen ein beträchtlicher. Daher werden hier Fälle leichter vorkommen, in denen zwar eine Schädigung eintritt, diese aber nicht auf Kosten des Käufers geht. So hat das Reichsgericht mit Recht entschieden, daß eine nachträgliche Verschärfung der Anforderungen, welche eine Stadtgemeinde an den Straßenbau stellt, auch wenn sie nach erfolgter Uebergabe des Grundstückes eintritt, allein zu Lasten des Verkäufers ist [151]). Ist der Käufer schon im Grundbuch als Eigentümer eingetragen, hat ihm aber der Verkäufer noch nicht den Besitz verschafft, so ist die Gefahr mit der Eintragung übergegangen. Der Verkäufer hat mit der Eigentumsverschaffung allein noch nicht erfüllt, da zu seinen Pflichten auch die Uebergabe des Grundstückes gehört. Der Käufer trägt daher, wenn er Eigentümer des Grundstückes geworden ist, nicht nur das periculum rei sondern auch das periculum obligationis, indem er trotz nachträglicher Beschädigung des Grundstückes den Kaufpreis in voller Höhe bezahlen muß.

Beim Kauf beweglicher Sachen erfolgt der Erfüllungakt durch Einigung und Uebergabe. Bisweilen ist es der Fall, daß die Einigung schon vor der Uebergabe, z. B. beim Kaufabschluß stattfindet. Hier ist dann der Käufer durch die Uebergabe der Sache Eigentümer geworden und trägt, weil nun die Obligation durch Erfüllung untergegangen ist, das periculum rei. Der Zeitpunkt der Erfüllung des Kaufvertrages durch den Verkäufer muß jedenfalls als der äußerste Zeitpunkt für den Gefahrübergang angesehen werden [152]).

Bestritten ist, ob zum Gefahrübergang auch eine „Uebergabe" durch constitutum possessorium nach § 930 und durch die Zession der rei vindicatio gemäß § 931 genügt. Wenn jemand einen Kauf so abschließt, daß er sich eine Erfüllung durch die Traditionssurrogate gefallen lassen muß, so geht mit ihrer Vornahme der periculum rei über. Im Zweifelsfalle allerdings muß der Verkäufer die Sache körperlich übergeben und darf den Käufer nicht mit Uebereignung

[151]) Entsch. d. RG. im „Recht" 09, Nr. 3043; zustimmend Planck § 446, Erl. 2 a α.

[152]) Düringer-Hachenburg, III, S. 76.

durch ein Traditionssurrogat abspeisen [153]). Darf er es, so ist die Vorschrift des § 433 durch Parteiwille außer Kraft gesetzt; es liegt dann ein Fall vor, bei dem im normalen Verlauf der Abwicklung das Angebot nur wörtlich zu erfolgen hat. Ein solches wörtliches Angebot kann angenommen werden und führt zur Erfüllung, während das wörtliche Angebot im Sinne des § 295 nicht angenommen werden kann.

Die ratio legis des § 446 ist die, daß der Käufer nach der Besitzerlangung die Obhut über die Sache erlangt hat und deshalb den Verkäufer nicht der Schaden treffen darf, den Umstände mit sich bringen, auf die er gar keinen Einfluß hat. Nach der Uebergabe der Sache ist es Aufgabe des Käufers, dieselbe ordentlich aufzubewahren. Der Gefahrübergang umfaßt demnach alle Schadensmöglichkeiten, welche ihre Ursachen darin haben oder wenigstens haben können, daß der Käufer die Sache nicht ordnungsmäßig aufbewahrt und überwacht [154]). Kann aber die eintretende Verschlechterung ihre Ursache gar nicht in einer mangelhaften Bewachung der Gegenstände haben, so trifft sie noch den Verkäufer. Dies ist z. B. der Fall, wenn die Wertminderung auf einen Mangel zurückzuführen ist, der in seinem Keime schon vor der Uebergabe vorhanden war [155]) oder wenn durch ein allgemeines Veräußerungsverbot, eine allgemeine Beschlagnahme u. s. w. eine Unmöglichkeit der Leistung eintritt.

II. Eine weitere Bestimmung über den Gefahrübergang beim Kauf ist die Vorschrift des § 447 Abs. 1: Versendet der Verkäufer auf Verlangen des Käufers die verkaufte Sache nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort, so geht die Gefahr über, sobald der Verkäufer die Sache dem Spediteur, Frachtführer oder der sonst zur Aufführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat.

Diese Vorschrift läßt nur die Transportgefahr übergehen; darunter kann unter Umständen auch eine rechtliche Unmöglichkeit fallen [156]). Tritt aber eine Unmöglichkeit der Leistung ein, die nichts mit den Gefahren des Transports zu tun hat, so gelten die allgemeinen Grundsätze über die Unmöglichkeit der Leistung [157]). Der Gefahrübergang dagegen, welcher durch §§ 300 Abs. 2, 324 Abs. 2 bestimmt ist, ist umfassenderer Natur. Er beruht auf einer

---

[153]) Brodmann, S. 222, Anm. 10; Titze, S. 257; Staub, Anhang zu § 382 Anm. 45 b; a. M.: Oertmann in Ehrenbergs Handb. IV, 2, S. 429. Nach ihm genügt constitutum possesorium zum Gefahrübergang; dagegen nicht die Abtretung des Eigentumsanspruches gemäß § 931; siehe auch Planck § 446, Erl. 2 b α; Staud.-Kober, § 446, Erl. 2 c.

[154]) siehe Motive II, S. 323.

[155]) siehe Staud.-Kober § 446, Erl. 2 b; Komm. d. RGR., Ziffer 5.

[156]) Komm. d. RGR. § 447, Ziff. 4.

[157]) siehe Staud.-Kober, § 447, Erl. 2 e; Ennecc. § 326, 2 a, Anm. 11; Komm. d. RGR. § 447, Ziff. 4.

anderen rechtspolitischen Erwägung: der Schuldner wäre befreit, wenn es nicht zum Annahmeverzug gekommen wäre und hätte aus diesem Schuldverhältnis keine Nachteile mehr zu gewärtigen; deshalb muß mit dem Annahmeverzug die Gefahr übergehen. Dieser Gefahrübergang umfaßt nicht nur Umstände, die den Untergang oder eine Verschlechterung der Leistungsgegenstände herbeiführen, sondern auch solche, die eine rechtliche Unmöglichkeit hervorrufen. Die Vorschriften beim Kauf sind also von selbständiger Bedeutung neben den Vorschriften des allgemeinen Teils der Schuldverhältnisse. Sie lassen vor dem Gefahrübergang im Sinne der §§ 300 Abs. 2, 324 Abs. 2 die Gefahr in einer etwas schwächeren Wirkung übergehen, nämlich nur die Gefahr des zufälligen Untergangs oder einer zufälligen Verschlechterung der Leistungsgegenstände.

III. Nun zu der Frage, ob zum Gefahrenübergang im Sinne der Vorschriften der §§ 446, 447 die Ausscheidung der Erfüllungsobjekte erforderlich ist. Zuerst der Fall des § 446. Wenn eine tatsächliche Uebergabe erfolgt ist, so bringt diese von selbst eine Konzentration mit sich. Wir haben (in § 7 der Abhandlung) gesehen, daß Fälle denkbar sind, wo beim tatsächlichen Angebot — ein solches setzt die Vorschrift des § 446 voraus — nicht die letzte Ausscheidung erforderlich ist, sondern das Angebot eines größeren Komplexes geeigneter Objekte dem Schuldner gestattet, evtl. sogar geboten sein kann. Ist nun die Uebergabe eines solchen Komplexes erfolgt, aus dem sich der Gläubiger selbst die Erfüllungsobjekte auszuscheiden hat, so wird man ohne Bedenken annehmen dürfen, daß die Gefahr eines zufälligen Untergangs oder einer zufälligen Verschlechterung übergegangen ist, denn auf jeden Fall ist die verkaufte Sache mit übergeben. Erfährt nun der ganze Komplex eine Verschlechterung, so muß sich der Gläubiger mit der ihm zustehenden Quantität befriedigen lassen und den vollen Preis bezahlen. Trifft dagegen der Schaden nur einen Teil des übergebenen Komplexes, so kann der Gläubiger die mangelfreien Gattungsobjekte herausnehmen. Der Schuldner ist demnach durch eine solche relative Konzentration schlechter gestellt als wenn er die Ausscheidung vollständig vorgenommen hätte. Bei Beschränkung des Schuldverhältnisses auf einen größeren Komplex findet daher die Vorschrift des § 279 Anwendung. Der Schuldner wird nicht befreit, solange die Leistung aus der größeren Menge möglich ist. Reichen hingegen die mangelfreien und übrig bleibenden Objekte nicht aus, so braucht der Schuldner nur das zu leisten, was von dem größeren Vorrat noch vorhanden ist.

Hat dagegen der Schuldner unberechtigterweise eine größere Quantität unausgeschiedener Gattungsobjekte übergeben, so kann der Gläubiger die Uebernahme des Besitzes verweigern und damit den Gefahrübergang verhindern. Uebernimmt er aber doch den

Besitz der Gegenstände, so wird man wohl sagen müssen, daß nunmehr durch Zustimmung des Gläubigers Konzentration auf diesen Komplex und Gefahrübergang im Sinne des § 446 eingetreten ist.

Wie steht es nun hinsichtlich des Erfordernisses der Ausscheidung bei der Vorschrift des § 447? Versendet der Schuldner berechtigterweise mehr Gattungssachen, als er zur Erfüllung braucht, so dürfte es ohne weiteres zu bejahen sein, daß die Gefahr des zufälligen Unterganges oder einer zufälligen Verschlechterung auf den Käufer übergeht, da eine Konzentration auf die ganze Sendung eingetreten ist. Es gilt hier das oben Gesagte in gleicher Weise: Eine Verschlechterung des ganzen Komplexes trifft den Schuldner nicht; denn in diesem Falle kann er sagen, daß die verkauften Objekte darunter sind. Wird aber nur ein Teil der gesamten Menge verschlechtert, so kann er nicht sagen, daß gerade die geschuldeten Objekte es waren, die die Verschlechterung erfahren haben. Die Uebersendung eines größeren Komplexes ist z. B. gestattet bei Sammelsendungen. In der Literatur wird gewöhnlich angenommen, es handle sich hier um einen Gefahrübergang ohne Konzentration [158]).

Aber auch wenn man nicht von einer dem Schuldner gestatteten Sammelsendung sprechen kann, ist der Gefahrübergang nach § 447 unabhängig von der Ausscheidung der zur Erfüllung erforderlichen Quantität. Schickt z. B. ein Schuldner von seinem Wohnsitz als Erfüllungsort aus an den Gläubiger per Bahn einen Waggon von 150 Ztr. Kohlen und beauftragt eine Person am Erfüllungsort, die letzte Ausscheidung der 5 Ztr., die er zu liefern hat, noch vorzunehmen, so führt er damit die Konzentration erst nach Uebergang der Gefahr im Sinne des § 447 herbei. Aus § 447 kann man nur entnehmen, daß der Schuldner mit dem Zeitpunkt der Uebergabe an den Frachtführer usw. die Konzentration herbeiführen d a r f, nicht aber, daß er gezwungen ist, dies zu tun. Tut er es nicht, so verstößt er gegen sein eigenes Interesse, da er den Beweis, daß die dem Käufer zu liefernden Objekte untergegangen oder verschlechtert sind, nur führen kann, wenn der Schaden den ganzen Komplex gleichmäßig getroffen hat. Wenn sich unter einer ganzen Ladung die Gattungsteile befinden, welche dem Gläubiger zukommen, so kann man wohl von Versendung der „gekauften Sache" sprechen, obwohl diese noch nicht ausgeschieden ist [159]).

---

[158]) so Cuno, S. 48 f.; Haver, S. 68; Ennecc. § 326 Anm. 11; Fischer, S. 238; Dür.-Hach. III, S. 85; Breit, S. 144 f.; Staub, Anhang zu § 382, Anm. 52 a; dagegen wird die Ansicht, daß eine Konzentration auf die größere Menge vorliegt, auch vertreten von: Adler, S. 520; er spricht von einer relativen Konzentration; Oertmann, § 243, Erl. 5 b α; Komm. d. RGR., § 447, Erl. 3 b.

Wir sehen daraus, daß die Konzentration eine rein einseitige Handlung des Verkäufers ist und es dem Schuldner überlassen bleibt, den Vorteil, den sie ihm bietet, früher oder später herbeizuführen, vorausgesetzt, daß er dazu zeitlich bereits berechtigt ist. Der Gefahrübergang im Sinne des § 447 ist unabhängig von der Konzentration [160]).

IV. Es sei hier noch die Frage untersucht, ob zum Uebergang der Gefahr nach § 447 die Lieferung mangelfreier Ware erforderlich ist. Bei der Behandlung des Gefahrübergangs infolge Annahmeverzugs haben wir gesehen, daß der Schuldner in der Tat nur durch Lieferung mangelfreier Sachen den Annahmeverzug herbeiführen kann. Auch hier ist dies der Fall, wenn auch § 447 einen schwächeren Gefahrübergang regelt. Verschickt nämlich der Schuldner mangelhafte Gattungssachen, so kann er mit diesen keine Konzentration, keine Erfüllung oder an seine Stelle den Annahmeverzug erzwingen. Er verschickt nicht die „verkaufte Sache". Geht diese unter, so kann sich der Schuldner nicht darauf berufen, daß der Gläubiger vielleicht die mangelfreie Sache angenommen hätte. Dieses Ergebnis ist auch deswegen billig, weil ein Schuldner, der vollwertige Gattungssachen abgesandt hat, sonst schlechter gestellt wäre als der, der die Lieferung mangelhafter Sachen versucht hat.

Breit [161]), Goldmann-Lilienthal (I § 131 I A. [162]) und Kohler (Lehrbuch II § 39, III, 1) sind hier anderer Ansicht, kommen aber praktisch zum gleichen Ergebnis, indem sie dem Gläubiger trotz Untergangs der versandten Gegenstände die Gewährleistungsansprüche belassen, also beim Gattungskauf den Nachlieferungsanspruch gemäß § 480. Sie berufen sich auf § 459, der für die Gewährleistungsansprüche den Zeitpunkt für maßgebend erklärt, in dem die Gefahr auf den Käufer übergeht und glauben deshalb, daß der Käufer trotz des Untergangs der Sachen und obwohl die Gefahr übergegangen ist, die Gewährleistungsansprüche noch habe. Diese Auffassung ist m. E. nicht richtig. Es wäre sonst eine Gefahrfragung vorhanden, die in Wahrheit gar keine solche ist. Uebrigens scheitert sie praktisch daran, daß der Käufer in den allerwenigsten Fällen nachweisen könnte, daß die Sache mangelhaft war, weil er sie gar nicht gesehen hat. Ihn träfe aber die Beweislast, weil die Mangelhaftigkeit eine klagebegründende Tatsache ist [163]).

---

[159]) So auch Dür.-Hach., III, S. 86.

[160]) So auch Breit, S. 145; Oertmann in Ehrenbergs HB., IV, 2, S. 430; Dür.-Hach. III, S. 85, 87; a. M.: Staud.-Kober § 447, Ziffer 10; Staub, Anhang zu § 382, Anm. 52 b; Tike, Unmöglichkeit, S. 260; Cosack § 184, I, 4 a, 4 b; Komm. d. RGR., Ziff. 3 b.

[161]) s. S. 145, 146, 158.

[162]) Siehe die Angabe bei Breit.

[163]) Staud.-Kober § 459 VIII.

§ 15.

Der Gefahrübergang beim Werkvertrag und Werklieferungsvertrag.

Hier kann die Vorschrift des § 644 Abs. 2 vorweg genommen werden: Sie bestimmt sowohl was Inhalt als auch Zeitpunkt des Gefahrübergangs anbelangt, das gleiche wie die Vorschrift des § 447.

I. Nach der Vorschrift des § 644 Abs. 1 trägt der Unternehmer die Gefahr bis zur Abnahme des Werkes. Kommt der Besteller in Verzug der Annahme, so geht die Gefahr auf ihn über.

Zunächst wollen wir kurz die Frage untersuchen, ob diese Vorschrift auch für den Werklieferungsvertrag einer nur der Gattung nach bestimmten Sache gilt. Nach § 651 finden beim Werklieferungsvertrag die Vorschriften über den Kauf Anwendung, wenn er auf die Herstellung vertretbarer Sachen gerichtet ist. Es läßt sich hier darüber streiten, ob der Gesetzgeber das Wort „vertretbar" wirklich in dem Sinne gemeint hat wie in § 91. Solche Verträge, die auf Herstellung vertretbarer Sachen gerichtet sind, dürften sehr selten sein. Wenn jemand aus dem vom Unternehmer zu liefernden Material etwas herstellen läßt, so handelt es sich gewöhnlich nicht um die Herstellung vertretbarer Sachen, sondern um Gattungssachen.

II. Was unter der Abnahme beim Werkvertrag zu verstehen ist, ist sehr umstritten. Für die hier zu untersuchenden Fragen, einmal wann die Gefahr übergeht und welchen Inhalts dieser Gefahrübergang ist, ist diese Streitfrage m. E. ohne Bedeutung. Das Gesetz sagt, daß die Gefahr übergeht, wenn der Besteller in Verzug der Annahme kommt. Demnach bedeutet die Vorschrift keine Abweichung von den allgemeinen Regeln, siehe §§ 300 Abs. 2, 324 Abs. 2. Daß das Gesetz hier eine andere Behandlung Platz greifen läßt als beim Kauf, hat folgenden Grund: Der Käufer einer Sache hat in der Regel schon beim Kaufabschluß die gekaufte Sache gesehen und kann, wenn sie ihm übergeben worden ist, leicht nachprüfen, ob sie vertragsmäßig ist. Der Besteller eines Werkes dagegen kann die Prüfung des Werkes auf seine Vertragsmäßigkeit erst vornehmen, wenn er es im Besitze hat. In der Regel bietet diese Untersuchung größere Schwierigkeiten und beansprucht mehr Zeit als beim Kauf. Deshalb läßt das Gesetz beim Werkvertrag die Gefahr erst dann übergehen, wenn der Erfüllungszeitpunkt gekommen ist, das ist der Zeitpunkt, zu dem der Gläubiger spätestens seine Billigung kundgeben und damit den Untergang der Forderung herbeiführen muß.

Auch inhaltlich ist der in § 644 Abs. 1 bestimmte Gefahrübergang der gleiche wie in den allgemeinen Vorschriften. Es geht die Gefahr schlechthin über: der Besteller muß die Gegenleistung er-

bringen, gleichgültig ob nun nach eingetretenem Annahmeverzug die Sache verschlechtert wird, untergeht oder eine auf einem anderen Grunde beruhende Unmöglichkeit der Leistung eintritt. Kommt es nicht zum Annahmeverzug, so bestimmt § 644 Abs. 1 überhaupt keinen Gefahrübergang; denn mit der Annahme tritt Erfüllung ein, das Werk geht in das Vermögen des Bestellers über, der von nun an das periculum rei trägt [164].

---

[164] a. M. anscheindend Planck, § 644, Erl. 2 a β, der glaubt, daß sich der Gefahrübergang beim Annahmeverzug zugunsten des Unternehmers verschiebe. Nach der hier entwickelten Ansicht tritt der Annahmeverzug erst mit dem Zeitpunkt ein, in dem bei ordnungsmäßiger Abwicklung die Erfüllung eingetreten wäre. Bei Annahmeverzug ist demnach eine Verschiebung des Zeitpunktes des Gefahrübergangs nicht gegeben.